DER LIQUIDATOR

DER OFFENEN

HANDELSGESELLSCHAFT.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT ZU ERLANGEN

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

KURT JERSCHKE,

REFERENDAR IN STRASSBURG.

STRASSBURG,

STRASSBURGER DRUCKEREI UND VERLAGSANSTALT,

VORMALS R. SCHULTZ & COMP.

1895.

SEINEN LIEBEN ELTERN

KURT JERSCHKE.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0002

DER LIQUIDATOR

DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT.

Disposition:

A. Die Aufgabe.

Die Wirkung der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft.

B. Der Begriff des Liquidators einer offenen Handelsgesellschaft.

I. Begriff der Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft.

II. 1. Bedeutung der Geschäftsführung für den Liquidator,

2. Bedeutung der Vertretung für den Liquidator,

3. Beginn und Ende des Liquidatorenamtes.

C. Die rechtliche Stellung des Liquidators

I. gegenüber den Gesellschaftern,

1. als Geschäftsführer der Gesellschaft:

a. der Gesellschafter-Liquidator,

b. der fremde Liquidator;

2. als Vertreter der Gesellschaft:

a. der Gesellschafter-Liquidator,

b. der fremde Liquidator;

II. gegenüber den Gläubigern und Schuldnern der Gesellschaft.

D. Die Rechte und Verpflichtungen des Liquidators im Einzelnen

I. als Vertreter der Gesellschaft
   1. Umfang der Vertretungsbefugniss,
   2. Wirkung der Vertretungsakte
      a. bei befugter Stellvertretung,
      b. bei unbefugter Stellvertretung,
      c. insbesondere die gerichtliche Vertretung;

II. als Geschäftsführer der Gesellschaft
   1. die Thätigkeit des Liquidators, soweit sie die Lösung der Beziehungen der Gesellschaft zu dritten Personen betrifft,
      a. die Abwickelung der alten Geschäfte,
      b. die aussergerichtliche und die gerichtliche Vertretung,
      c. die Abschliessung von Vergleichen und Kompromissen;
   2. die Thätigkeit des Liquidators, soweit sie die Herbeiführung der Auseinandersetzung der Gesellschafter untereinander betrifft,
      a. die Versilberung des Vermögens der Gesellschaft,
      b. die Vertheilung der entbehrlichen Gelder,
      c. die Aufstellung eines Vergleichungsplanes,
      d. die Rechnungsablegung;

III. die Rechte und Verpflichtungen des Liqui-

dators, welche abhängig sind von seiner Eigenschaft als Gesellschafter oder Fremder, insbesondere

1. der Grad der zu prästirenden Sorgfalt,
2. der Anspruch auf Belohnung,
3. das Recht des Liquidators bei Kollektivgeschäftsführung einzeln zu handeln, wenn Gefahr im Verzuge ist,
4. das Widerspruchsrecht des Liquidators bei Einzelgeschäftsführungsbefugniss.

DER LIQUIDATOR
DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT.

Nach der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft wird, ausser im Falle der Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft, die endgültige Auseinandersetzung der Gesellschafter in der Regel im Wege des Liquidationsverfahrens herbeigeführt. Die Gesellschafter können indessen auch eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbaren; weder das Gericht noch die Gläubiger der Gesellschaft können die Einleitung oder die Durchführung der Liquidation verlangen, dieselbe erfolgt vielmehr ausschliesslich im Interesse der Gesellschafter. Jeder Gesellschafter dagegen hat ein Recht darauf, dass nach der Auflösung das Liquidationsverfahren eröffnet wird; soll dasselbe nicht eintreten, so bedarf es also immer eines einstimmigen, vor oder nach der Auflösung gefassten Beschlusses aller Gesellschafter.

Das Liquidationsverfahren bezweckt die Umwandlung des Gesellschaftsvermögens in Geld behufs Vertheilung unter die Gesellschafter; es besteht in Kurzem darin, dass die Schulden der Gesellschaft bezahlt, die Forderungen eingezogen werden und das Gesellschaftsvermögen versilbert wird. Das Verfahren

erfolgt nach Art. 133 durch bestimmte Personen «als Liquidatoren».

Den Begriff des Liquidators der offenen Handelsgesellschaft festzustellen und seine Rechte und Verpflichtungen gegenüber den Gesellschaftern, Gläubigern und Schuldnern zu bestimmen, ist im Folgenden unsere Aufgabe.

A. Die Wirkung der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft.

Es erhebt sich uns die Frage, wozu es überhaupt nach der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft eines Liquidationsverfahrens und dazu besonderer Liquidatoren bedarf. Die Antwort ergiebt sich aus der Wirkung der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft.

Vor der Auflösung ist es normaler Weise das Ziel der Gesellschafter, ihren Geschäftsbetrieb zu erweitern und den Verkehr mit Dritten auszudehnen, um ein möglichst grosses Feld für ihre geschäftliche Thätigkeit zu gewinnen. Durch jedes neue Geschäft tritt wiederum eine engere Verbindung der Gesellschafter unter einander ein, denn der gemeinschaftliche Gewerbebetrieb hat zur unmittelbaren und nothwendigen Folge die Bildung eines abgesonderten Gesellschaftsfonds[1], jeder Gesellschafter hat einen bestimmten Antheil an demselben, in der Verfügung über ihn ist er aber durch seine Mitgesellschafter beschränkt, er darf das Ge-

1. Laband, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 31, S. 4.

sellschaftsvermögen und damit auch seinen Antheil nur im Interesse der Gesellschaft gebrauchen[1].

Nach der Auflösung ist es das Ziel der Gesellschafter diese gegenseitige Gebundenheit zu beseitigen und den Antheil des Einzelnen am Gesellschaftsfonds in sein Privatvermögen zur freien Verfügung überzuleiten. Zu diesem Gesellschaftsfonds gehören die Forderungen und Schulden der Gesellschaft, das Ziel der Gesellschafter geht daher vor Allem auf Lösung der Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten.

Durch die Auflösung der Gesellschaft ist keineswegs dieses Ziel schon erreicht, die Gebundenheit des einzelnen Gesellschafters seinem Mitgesellschafter gegenüber bleibt auch nach der Auflösung bestehen. Denn kein Gesellschafter braucht sich gefallen zu lassen, dass die Auseinandersetzung durch Naturaltheilung geschieht, es erhält daher nicht etwa jeder Gesellschafter zu seiner Quote freies Miteigenthum, er wird nicht zu dieser Quote Gläubiger oder Schuldner der bisherigen Gesellschaftsforderungen oder Gesellschaftsschulden, sondern es bleibt der Gesellschaftsfonds auch nach der Auflösung streng abgesondert von dem Privatvermögen der Gesellschafter, und alle durch die Absonderung hervorgerufenen Beschränkungen der Verfügungsfreiheit über seinen Antheil bestehen auch weiter für den einzelnen Gesellschafter fort.

---

1. Lehmann in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. XXXI, S. 4.

Jeder Gesellschafter kann aber nach der Auflösung verlangen, dass das Gesellschaftsvermögen, darunter auch die Forderungen und Schulden der Gesellschaft, auf gemeinsame Rechnung in Geld umgewandelt und ihm dann sein Antheil ausbezahlt wird, kurz, dass das Liquidationsverfahren eintritt. Das Bestehen eines Gesellschaftsfonds bildet also Voraussetzung[1] und Grund für das Liquidationsverfahren und seine Beseitigung den Zweck desselben.

Zu diesem Zweck besteht die offene Handelsgesellschaft auch nach der Auflösung fort, es bleibt die bisherige Firma bestehen, nur erhält sie zum Schutze der Interessen Dritter[2] den Zusatz: «In Liquidation»; es bleibt weiterbestehen die solidarische, unbeschränkte Haftung sämmtlicher Gesellschafter, und auch der Gewerbebetrieb findet durch die Auflösung an sich nicht sein Ende. Denn auch nach der Auflösung besteht bei den Gesellschaftern auch weiter die Absicht, bei der Abwickelung ihrer Geschäfte ein möglichst günstiges Resultat zu erzielen und die noch bestehenden Beziehungen zum Erwerbe zu benutzen; es ist daher nicht ersichtlich, weshalb mit der Auflösung, wie Francken[3] annimmt, die Gewinnabsicht «die principale Voraussetzung des Gewerbes»[4], cessiren soll und es liegt

1. Entschdg. d. R. O. H. G. Bd. V, S. 336; Bd. XXXII, S. 2.
2. S. Nöldeke, Die Fortdauer der offenen Handelsgesellschaft während der Liquidation. S. 43.
3. Francken, Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft.
4. Laband, Staatsrecht.

auch kein Grund vor alle der Auflösung nachfolgenden Geschäfte «isolirt» zu betrachten. Freilich ist nach der Auflösung nicht mehr die Entwickelung des Gewerbebetriebes der Zweck der Gesellschaft, sondern seine Abwickelung. Dass diese schon vor der definitiven Auseinandersetzung erfolgen, dass schon vorher der Gewerbebetrieb erlöschen kann, ist u. E. indessen mit Francken zuzugeben, aber nicht weil die Gewinnabsicht fehlt, sondern weil der «Betrieb» aufgehört hat; dieser Zeitpunkt wird in der Regel mit der Abwickelung der Geschäfte zusammenfallen, deren Abschliessung auch ohne die Auflösung stattgefunden hätte.

Ist der Gewerbebetrieb erloschen, dann ist nur noch der Rest des Gesellschaftsvermögens zu versilbern[1].

B. Der Begriff des Liquidators einer offenen Handelsgesellschaft.

I. Bei der Begriffsbestimmung des Liquidators einer offenen Handelsgesellschaft kommen vor Allem in Betracht die Begriffe Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft. Zur Vermeidung von Missverständnissen wollen wir in Kürze die Bedeutung dieser Begriffe sowie ihr gegenseitiges Verhältniss darlegen.

---

1. Eine Zusammenstellung der verschiedenen Theorien, siehe Francken, a. a. O., S. 24. Gegen dessen eigene «Präsumtivvertragstheorie» s. Pappenheim, Zeitschr. f. Hr. Bd. XXXVIII, S. 589.

Unter Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft verstehen wir das Recht und die Pflicht aus eigener Initiative einen bestimmten Kreis von Gesellschaftsgeschäften mit der Wirkung vorzunehmen, dass die Gesellschaft den pekuniären Erfolg übernehmen muss[1].

Die Geschäftsführung ist ein Recht, d. h. hat der Geschäftsführer bei Anwendung der ihm obliegenden Sorgfalt die Vornahme der in den Umfang seiner Geschäftsführungsbefugniss fallenden Handlung als zweckmässig erkannt und mit dieser Sorgfalt ausgeführt, so müssen die Gesellschafter dieses Geschäft «auch im Verhältniss nach innen als für ihre Rechnung abgeschlossen anerkennen»[2]. Der Umfang der Geschäftsführungsbefugniss kann ein äusserst beschränkter sein, aber nur dann kann man eine Person Geschäftsführer nennen, «wenn die Vornahme der einzelnen Akte oder Geschäfte, sei es des ganzen Betriebes oder nur einzelner Zweige, seiner Initiative oder Leitung, seiner Disposition überlassen ist, wenn seine Initiativgewalt das Geschäftsgetriebe in Bewegung setzt oder erhält»[3].

Die Geschäftsführung ist zugleich Pflicht, d. h. der Geschäftsführer hat zu untersuchen, ob die Vor-

---

1. Lastig, in Endemanns Handbuch, S. 357.
Gorski, Die Geschäftsführung u. Vertretung der offenen Handelsgesellschaft, S. 34.
v. Hahn, Commentar z. H. G. B., S. 345.
2. v. Hahn, a. a. O. S. 345 u. 348.
3. Lastig, a. a. O.

nahme der betreffenden Handlung als zweckmässig und den Interessen der Gesellschaft förderlich erscheint, und sobald er dies erkannt hat, dieselben auszuführen. Ein Unterlassen macht ihn den Gesellschaftern schadenersatzpflichtig. Die Geschäftsführung betrifft also nur das Verhältniss des Geschäftsführers zu der Gesellschaft, während das Verhältniss zu Dritten gar nicht in Betracht kommt. Die Geschäftsführungsbefugniss ist nicht etwa ein dem Gesellschafter ausschliesslich eigenthümliches Recht derart, dass nur er Geschäftsführer sein kann, sondern auch einem Dritten kann gemeinsam mit einem Gesellschafter oder allein[1] die Geschäftsführung übertragen werden.

Die Vertretungsbefugniss dagegen bedeutet das Recht, Rechtshandlungen mit der Wirkung vorzunehmen, dass alle Gesellschafter dadurch solidarisch berechtigt und verpflichtet werden.

Für den Vertretungsbefugten kommen also zwei Verhältnisse in Betracht: das zu dem Dritten und das zu den Gesellschaftern. Bei ersterem Verhältniss fragt es sich nur darum, ob der Vertreter innerhalb seiner Vertretungsbefugniss gehandelt hat; ist dies der Fall, so entstehen zwischen ihm und Dritten weder Rechte noch Verpflichtungen. Dem Gesellschafter gegenüber fragt es sich aber noch, wenn der Vertreter innerhalb seiner Vollmacht ge-

1. S. Renaud, Das Recht d. Commanditgesellschaften, S. 288 ff. Anschütz u. Volderndorff, Kommentar, S. 87 ff.

handelt hat, ob er auch ihnen gegenüber zu der betreffenden Handlung berechtigt war.

Was das Verhältniss der beiden Begriffe betrifft, so schliessen wir uns der Ansicht an, nach welcher eine Vertretung ohne Geschäftsführung und eine Geschäftsführung ohne Vertretung möglich ist[1]. Und zwar ist nach unserer Annahme im letzteren Falle der Geschäftsführer nicht auf technische Vorrichtungen beschränkt, wie das freilich in der Praxis meistens der Fall sein wird, sondern er kann auch Rechtsgeschäfte abschliessen in erster Linie durch andere Vertretungsbefugte[2].

II. Nach dem Art. 133 kann der Liquidator ein Gesellschafter sein oder ein Dritter; ersteren wollen wir Gesellschafter-Liquidator, letzteren fremden Liquidator nennen. Für den Gesellschafter-Liquidator kommen neben seinen Rechten und Verpflichtungen als Liquidator noch diejenigen als Gesellschafter in Betracht, seine Stellung als Liquidator kann also durch die als Gesellschafter beeinflusst werden; das Wesen des Liquidators muss sich daher am reinsten erkennen lassen, wenn der Liquidator ein fremder ist. Wir gehen daher im Folgenden von der Annahme aus, dass die Gesellschafter durch einstimmigen Beschluss einen Dritten zum Liquidator ernannt und weiter keine besonderen Bestimmungen getroffen haben, dass also die gesetzlichen Vorschriften Platz greifen.

1. Laband, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. XIV. Hahn, a. a. O., S. 344, Anm. 1.
2. Gorski, a. a. O., S. 14 ff.

Nach Art. 137 liegt dem Liquidator einerseits die Abwickelung der Gesellschaftsgeschäfte, andererseits die gerichtliche und aussergerichtliche Vertretung ob, er ist also Geschäftsführer und Vertreter der Liquidationsgesellschaft. Eine dritte Eigenthümlichkeit kennt das Handelsgesetzbuch für den Liquidator nicht. Es fragt sich nun, ob und welche von den gesetzlich festgesetzten Eigenschaften für den Liquidator wesentlich sind; wir wollen zuerst diese Frage bezüglich der Geschäftsführung untersuchen.

1. Auf den ersten Blick könnte man glauben, die Geschäftsführung wäre für den Liquidator ein wesentliches Merkmal; sowohl die Fassung des Art. 133 als auch diejenige des Art. 137 scheinen hierfür zu sprechen, wird doch gerade die Aufgabe des Liquidators, seine ihm obliegende Thätigkeit durch letzteren Artikel eingehend geregelt. Dennoch ist diese Annahme zu verwerfen, denn sie steht im direkten Widerspruch mit Art. 140, welcher lautet:

« Die Liquidatoren haben, selbst wenn sie vom Richter bestellt sind, den Gesellschaftern gegenüber bei der Geschäftsführung den von diesen einstimmig getroffenen Anordnungen Folge zu geben. »

Hiernach können also die Gesellschafter durch einstimmigen Beschluss dem Liquidator die Vornahme bestimmter Handlungen untersagen. Sie können ihn aber auch generell in der Geschäftsführung beschränken, ihm z. B. die Einziehung der Gesellschaftsforderungen untersagen. Noch ist

der Dritte, wie man kaum bestreiten kann, Liquidator. Die Gesellschafter können aber schliesslich dem Dritten solche Beschränkungen auferlegen, dass von einer Geschäftsführung nicht mehr die Rede ist, unbeschadet, dass derselbe noch Liquidator bleibt. Denn das Gesetz hat eine Grenze in diesen Beschränkungen nicht gezogen, der Liquidator hat vielmehr allen einstimmig getroffenen Anordnungen der Gesellschafter Folge zu geben; auf Grund solcher Anordnungen das Aufhören der Liquidatorenstellung annehmen zu wollen, würde dem Art. 140 widersprechen. Aber auch vom praktischen Standpunkte aus ist diese Annahme unhaltbar, denn nach der gegnerischen Ansicht käme man zu dem doch nicht annehmbaren Resultate, dass der zum Liquidator Ernannte bei einem gewissen beschränkten Umfange von Geschäftsführungsbefugniss noch Liquidator wäre, bei einer weiteren Einschränkung er dies zu sein aber aufhören würde, eine Grenze, deren Bestimmung praktisch kaum möglich sein dürfte. Eine Entziehung der Geschäftsführungsbefugniss läge z. B. doch sicher in der durch einstimmigen Beschluss statthaften Anordnung, dass der Liquidator nur nach einem besonderen Auftrage eines Gesellschafters handeln dürfe. Geschäftsführer ist der Liquidator dann nicht mehr, weil das in der Geschäftsführung liegende Recht, die Initiativgewalt, fehlt. In der Regel wird aber in einem derartigen Falle der Liquidator sich zur Ausführung des eventuellen Auftrages verpflichtet haben, und man

könnte vielleicht annehmen, dass diese Gebundenheit für den Begriff des Liquidators wesentlich sei. Indessen ist es leicht, ein Beispiel zu konstruiren, wo diese Gebundenheit fehlt, ohne dass die betreffende Person aufhört Liquidator zu sein. Die Gesellschafter können anerkanntermassen auch Gesellschaftsgläubiger zu Liquidatoren bestellen. Es kann dann eine derartige Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern und ihren Gläubigern stattgefunden haben, dass letztere zwar den Gesellschaftern gegenüber berechtigt sind zur Sicherung und Befriedigung ihrer Ansprüche anderweitige Gesellschaftsforderungen einzuziehen oder gewisse Vermögensstücke derselben zu diesem Zwecke zu verkaufen, dass aber die Gläubiger eine Verpflichtung, diese Geschäfte zu besorgen, nicht übernehmen. Ein derartiger Vertrag kann Art. 140 zufolge ein Ende der Liquidatorenstellung nicht herbeiführen, auch hier ist der Liquidator nicht Geschäftsführer. Scheinbar sprechen gegen unsere Annahme der Preussische Entwurf, der Entwurf I. und II. Lesung, überhaupt die Protokolle der Nürnberger Kommission, denn nach diesen Entwürfen erfolgt die Liquidation durch die sämmtlichen von der Geschäftsführung nicht ausgeschlossenen Gesellschafter[1]. Und die Protokolle der Nürnberger Kommission vergleichen den Liquidator, der zugleich Gesellschafter ist, stets mit dem geschäftsführenden Gesellschafter vor der Auflösung[2]. Um

1. Preussischer Entwurf, Art. 127.
2. Nürnb. Prot., S. 1011, 1012 u. ff. 1051.

dieses für die gegnerische Ansicht sprechende Argument zu entkräften, brauchen wir uns indessen nur zu vergegenwärtigen, dass in dem Preussischen Entwurf wie auch in den Berathungen der Nürnberger Kommission die Begriffe Vertretung und Geschäftsführung keineswegs streng auseinandergehalten sind, dass man vielmehr von der Annahme ausging, in der Geschäftsführung läge zugleich die Vertretungsbefugniss[1]. Auch ist ja sogar in dem Handelsgesetzbuch selbst bei der Begriffsbestimmung des Prokuristen, dessen Stellung genau der des fremden Liquidators entspricht, der der Geschäftsführung analoge Begriff des Auftrags mit dem der Vollmacht verwechselt worden.

Man könnte aber ferner einwenden, dass in Art. 140 ausdrücklich steht «bei der Geschäftsführung»; dieser Artikel setze also voraus, dass der Liquidator Geschäftsführer sei; doch es liegt auf der Hand, dass das Wort Geschäftsführung hier nicht in unserem Sinne gebraucht ist, sondern die allgemeine Bedeutung von Besorgung juristisch relevanter Angelegenheiten hat, unter welchen Begriff auch die Vertretungsbefugniss fällt[2].

Die Geschäftsführung gehört also nicht nothwendig zum Begriff des Liquidators, wohl aber die Vertretungsbefugniss; sie bildet ein oder vielmehr das für den Liquidator wesentliche Merkmal.

---

1. Gorski, a. a. O., S. 5, Anm. 3 cit. Stellen.
2. Staub, Commentar z. H. G. B., S. 217.

2. Laband[1], und mit ihm Renaud[2], nehmen dagegen an, dass es auch Liquidatoren ohne Vertretungsbefugniss gäbe, indem sie ihre Behauptung darauf stützen, dass im Art. 135 das Austreten eines Liquidators und das Erlöschen der Vollmacht eines solchen einander gegenüber gestellt werden.

Gegen diese Annahme sprechen aber folgende Gründe: Aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung ersehen wir, wie schon Nöldeke[3] hervorhebt, dass die Kommission mit dieser Fassung nur alle möglichen Formen der Beendigung der Liquidirungsbefugniss bezeichnen, nicht aber damit das Erlöschen der Vollmacht ohne die Beendigung der Liquidatorenstellung hervorheben wollte, dass eine solche Möglichkeit von der Kommission überhaupt nicht erwähnt wurde.

Gegen diese Möglichkeit spricht aber auch die Fassung des Art. 135 selbst, denn dieser bestimmt einfach: «Die Liquidatoren sind von den Gesellschaftern beim Handelsgerichte zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.»

Angenommen das Erlöschen der Vollmacht hätte nicht das Ende der Stellung des Liquidators überhaupt zur Folge, so würde durch die gesetzliche Bestimmung über das Erlöschen der Vollmacht hervorgehoben, dass nur die vertretungsberechtigten Liquidatoren in das Handelsregister eingetragen sein

1. Zeitschrift f. Handelsrecht, Bd. X., S. 219, Anm. 56.
2. Renaud, a. a. O., S. 548. — Dagegen Behrend, Lehrb. d. Handelsrechts, S. 572, Anm. 2.
3. Nöldeke, a. a. O., S. 24.

dürfen, wie dieses der Einrichtung des Handelsregisters überhaupt entspräche. Dann hätte aber das Gesetz auch in dem ersten Abschnitt des Art. 135 hervorheben müssen, dass nur vertretungsberechtigte Liquidatoren zur Eintragung anzumelden seien, während es nach der jetzigen Fassung alle Liquidatoren angemeldet wissen will.

Am deutlichsten können wir aber ersehen, dass das Gesetz nur vertretungsberechtigte Liquidatoren kennt, wenn wir die gesetzlichen Bestimmungen vor der Auflösung der Gesellschaft mit denen für die Liquidation vergleichen. Während in den Artikeln 88, 2, 114, 1 und 2, 116, 117, 1 und 2, 118 stets ausdrücklich hervorgehoben wird, dass der Gesellschafter zur Vertretung berechtigt sein muss, sprechen die Artikel 135, 1, 137, 139, 143, 3, 148, 1, in welchen es sich sicher um Vertreter der offenen Handelsgesellschaft handelt, schlechthin von Liquidatoren. Besonders auffallend zeigt sich dieser Unterschied bei Gegenüberstellung der Artikel 88, 2 und 135, 1, ferner der Artikel 117, 2 und 144, 3.

Art. 88, 2: «Die Gesellschafter, welche die Gesellschaften vertreten sollen, haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift persönlich vor dem Handelsgerichte zu zeichnen oder die Zeichnung derselben in beglaubigter Form einzureichen.»

Dagegen Art. 135, 1: «Die Liquidatoren sind von den Gesellschaftern beim Handelsgerichte zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; sie haben ihre Unterschrift persönlich vor dem Han-

delsgerichte zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen.»

Insbesondere aber

Art. 117, 2: «Zur Behändigung von Vorladungen und anderen Zustellungen an die Gesellschaft genügt es, wenn dieselbe an einen der zur Vertretung befugten Gesellschafter geschieht.»

Dagegen Art. 144, 2: «Zustellungen geschehen mit rechtlicher Wirkung an einen der Liquidatoren.»

Der Gesetzgeber liesse sich also eine grosse Ungenauigkeit und Inkonsequenz zu Schulden kommen, wenn er auch nicht vertretungsbefugte Liquidatoren kennen würde[1].

Schliesslich zwingt uns zu der Annahme, dass die Vertretungsbefugniss für den Liquidator wesentlich sei, unsere obige Behauptung, dass die Geschäftsführung kein für den Liquidator wesentliches Merkmal bilde, da das Handelsgesetzbuch ein sonstiges für den Liquidator eigenthümliches Merkmal nicht aufstellt. Ein offener Handelsgesellschafter bleibt ein solcher, auch wenn er von der Vertretung und Geschäftsführung ausgeschlossen ist, ihn charakterisirt seine Haftung; ein von der Geschäftsführung

1. Bei einem Vergleich mit Art. 117, 1 spricht auch der weitere Grund, den Nöldeke anführt für unsere Behauptung. Er hebt a. a. O. (S. 24) hervor, das Gesetz bestimme: Die Liquidatoren haben die Gesellschaft gerichtlich und aussergerichtlich zu vertreten. Hieraus allein kann aber nicht abgeleitet werden, dass die Vertretungsbefugniss ein wesentliches Merkmal für den Liquidator bildet, da ja alle übrigen Bestimmungen dieses Artikels in gleicher Form gefasst und für den Liquidator nicht wesentlich sind.

und Vertretung ausgeschlossener Liquidator, welcher ja dann existiren könnte, wäre ein blosses Phantom.

Das Wesen des Liquidators ist also genau dasselbe wie das des Prokuristen, beide haben als allein wesentliches Merkmal eine ihrem Umfange nach festgesetzte unbeschränkbare Vollmacht, beide Begriffe sind unabhängig von dem inneren Verhältniss gegenüber den Gesellschaftern resp. dem Prinzipal.

3. Dementsprechend erfolgt auch die Bestellung eines Liquidators in derselben Weise wie die eines Prokuristen durch Erklärung der Gesellschafter Dritten gegenüber[1]. Auch für die Ertheilung und die Existenz der Vertretungsbefugniss des Liquidators ist die vom Gesetz vorgeschriebene Eintragung in das Handelsregister nicht wesentlich, sie ist nur eine Ordnungsvorschrift und begründet die bekannten Präsumtionen[2]. Die Eintragung ist Pflicht der Gesellschafter, zu deren Befolgung sie von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten sind (Art. 135, 3).

Die Berufung zum Liquidator bedarf einer Annahme seitens des Liquidators. Denn wie bei jeder Stellvertretung, so wird auch durch das Handeln des Liquidators die Gesellschaft nur dann berechtigt und verpflichtet, wenn der Liquidator im Namen der Gesellschaft die Rechtsgeschäfte abschliesst. Es

---

1. Ueber die gesetzliche und richterliche Berufung s. u. S. 48 u. 56.

Die Ermächtigung kann eine ausdrückliche und eine stillschweigende sein. v. Hahn a. a. O. S. 173. § 3.

2. v. Hahn, S. 58 ff.

muss also auf Seiten des Liquidators der Wille vorliegen als Liquidator der offenen Handelsgesellschaft zu handeln. Man kann daher im praktischen Leben nur diejenigen als Liquidatoren bezeichnen, welche den Willen haben, von ihrer Vertretungsbefugniss auch Gebrauch zu machen. Hiermit ist weder gesagt, dass der Liquidator Geschäftsführer sein muss, noch dass zu der Stellung eines Liquidators überhaupt die thatsächliche Ausübung seiner Vollmacht gehöre, es genügt vielmehr die Möglichkeit einer solchen Ausübung, deren Voraussetzung eben der Wille des Liquidators ist, unter Umständen als Recht oder Pflicht mit Dritten die Gesellschaft berechtigende und verpflichtende Geschäfte abzuschliessen.

Der Liquidator hört auf, ein solcher zu sein, wenn seine Vollmacht erlischt, sei es durch Widerruf von Seiten der Gesellschafter oder des Richters, sei es durch Rückgabe seiner Vollmacht oder durch das Ende des Liquidationsverfahrens.

Wenn es nun auch Liquidatoren ohne Geschäftsführung geben kann, so bildet es doch die Regel, dass der Liquidator zugleich Geschäftsführer ist, und durch Art. 137 ist diese Regel zur gesetzlichen Präsumtion erhoben[1]. In der Ernennung zum Liquidator liegt also zugleich, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimmt ist, die Ernennung zum Geschäftsführer; werden mehrere Liquidatoren zur Einzelvertretung berechtigt, so sind sie auch zur

1. Anders beim Prokuristen, v. Hahn, S. 172.

Einzelgeschäftsführung berechtigt, wird der Liquidator abberufen, so hört auch sein Amt als Geschäftsführer auf.

C. Die rechtliche Stellung des Liquidators gegenüber den Gesellschaftern.

I. Die gesetzlichen Bestimmungen sprechen stets schlechthin von Liquidatoren, und nirgends ist ein Unterschied in den für sie gegebenen Vorschriften gemacht, welcher sich auf ihre verschiedene Berufung[1] oder auf ihre Eigenschaft als Gesellschafter oder Fremder stützen könnte. Man sollte also annehmen, dass die rechtliche Stellung aller Liquidatoren die gleiche wäre. In Wirklichkeit ist dieses indessen nicht der Fall, die rechtliche Stellung des Liquidators ist vielmehr eine verschiedene, je nachdem er Gesellschafter ist oder nicht. Zu dieser Unterscheidung zwingt uns sowohl die Vergleichung der Verhältnisse vor der Auflösung mit denen während der Liquidation der Gesellschaft als auch die Verschiedenheit der thatsächlichen Stellung, welche ein Liquidator nach den gesetzlichen Bestimmungen einnimmt, je nachdem der Liquidator ein Gesellschafter ist oder ein Fremder, denn Vorschriften des Gesetzes, die dem Text nach für beide Arten von Liquidatoren gegeben sind, können nur dem fremden Liquidator gegenüber praktische Geltung erlangen.

1. Die Gleichstellung der vom Richter bestellten Liquidatoren mit den übrigen ist sogar besonders hervorgehoben im Art. 140.

Die Begründung unserer Behauptung ergiebt sich aus der Betrachtung der Geschäftsführung und Vertretung nach der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft.

Zur Verwaltung des noch bestehenden Gesellschaftsvermögens und zur Abwickelung der schwebenden Geschäfte sind natürlich auch nach der Auflösung der Gesellschaft Geschäftsführer und Vertreter derselben nöthig.

Das Gesetz stellt nun durch Art. 133 ff. die Vermuthung fest, dass im Zweifel die vor der Auflösung in Betreff der Vertretung und Geschäftsführung getroffenen Vereinbarungen resp. die ergänzenden gesetzlichen Bestimmungen, für die Zeit nach der Auflösung nicht mehr gelten, eine Bestimmung, die bei der Betrachtung der die Auflösung herbeiführenden Ereignisse, namentlich z B. den Tod eines Gesellschafters, Aufkündigung wegen Unredlichkeit, äusserst gerechtfertigt erscheint. Wem die Gesellschafter nach der Auflösung die Verwaltung der gesellschaftlichen Angelegenheiten übertragen wollen, ist auch jetzt ihrer freien Vereinbarung überlassen, und nur für den Fall, dass sie sich nicht einigen, ordnet das Gesetz die diesbezüglichen Verhältnisse, wie es ja auch für die Zeit vor der Auflösung beim Schweigen des Gesellschaftsvertrages diese Punkte geregelt hat. Dass für die Zeit nach der Auflösung die dispositiv geltenden Vorschriften sich von den Bestimmungen unterscheiden, welche zur Errichtung und Entwickelung der Gesellschaft getroffen sind, ist die natürliche Folge der Ver-

schiedenheit des Zweckes und der wohl meist vorliegenden Veränderung der persönlichen Beziehungen der Gesellschafter unter einander; der engere Zweck bringt begrenztere Rechte und Verpflichtungen der Geschäftsführer und Vertreter mit sich, die Lockerung der persönlichen Beziehungen bedarf eines Gegengewichts, einer strengeren Gebundenheit und Kontrolle.

Soweit das Gesetz aber für die Liquidation keine besonderen Vorschriften aufstellt, bleiben die für die Zeit vor der Auflösung gegebenen Bestimmungen auch bezüglich der Geschäftsführung und Vertretung bestehen, wenn diese nicht dem Wesen der Liquidation widersprechen (Art. 144, 1). Die für die Zeit vor der Auflösung über die Geschäftsführung und Vertretung gegebenen Vorschriften gehen alle davon aus, dass ein Gesellschafter Geschäftsführer und Vertreter ist; ihre Anwendung kann daher auch nach der Auflösung nur in diesem Fall in Betracht kommen.

1. Auf Grund dieser Betrachtung wollen wir zunächst das Wesen der Geschäftsführung des Liquidators untersuchen. Wir müssen unterscheiden, ob der Liquidator Gesellschafter ist oder nicht. Ist der geschäftsführende Liquidator Gesellschafter, so erheben sich zufolge Art. 144, 1 zwei Fragen:

Erstens: Widerspricht es dem Wesen der Liquidation, dass in Betreff der in Art. 133 ff. nicht speciell geregelten Punkte für die Gesellschafter als Geschäftsführer die Vorschrift des cit. zweiten Abschnitts Anwendung finden, wird also das We-

sen der Geschäftsführung durch die Auflösung geändert?

Zweitens: Ist die rechtliche Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters eine andere, wenn derselbe zugleich Liquidator ist?

Wie für den Beginn und die Entwickelung des Gewerbebetriebes, so ist natürlich auch für die Abwickelung der Geschäfte und Durchführung der Liquidation in erster Linie Arbeitsleistung nöthig. Während vor der Auflösung der Gesellschaft nach Art. 102 ff. jeder Gesellschafter das Recht und die Pflicht hat, die zum gewöhnlichen Betriebe gehörenden Geschäfte allein vorzunehmen, steht nach der Auflösung den Gesellschaftern «als Liquidatoren» zufolge Art. 133 und 136 wie die Kollektivvertretung, so nur die Kollektivgeschäftsführung zu, denn Art. 136 bestimmt allgemein: «Sind mehrere Liquidatoren vorhanden, so können sie die zur Liquidation gehörenden Handlungen mit rechtlicher Wirkung nur in Gemeinschaft vornehmen, sofern nicht ausdrücklich bestimmt ist, dass sie einzeln handeln können.»

Die Mitwirkung bei der Kollektivgeschäftsführung ist für den einzelnen Gesellschafter sowohl Recht als Pflicht. Er hat das Recht gegenüber den anderen Gesellschaftern, dass keine Handlung ohne seine Einwilligung vorgenommen wird und die Pflicht, die Vornahme von Handlungen anzuregen und zu deren Durchführung beizutragen, welche zur Erreichung des Zwecks der Gesellschaft nöthig sind. Der Kreis dieser Handlungen und dadurch

die Pflicht der Gesellschafter wird abgegrenzt durch den Zusatz des Art. 133, dass die Liquidation durch die Gesellschafter erfolgt «als Liquidatoren», deren Aufgabe ja in Art. 137 genau bezeichnet wird. Das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung beruht hier ebensowenig wie bei Gründung der Gesellschaft auf einem gegenseitigen Auftrage, sondern auf dem Gesellschaftsvertrage und den denselben ergänzenden gesetzlichen[1] Bestimmungen, denn dass die thatsächliche Ausübung dieses Rechts und dieser Pflicht anders normirt, kann ihre rechtliche Natur nicht ändern. Wie vor der Auflösung, so gelten auch nach derselben die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die Geschäftsführung nur dispositiv, d. h. durch den Gesellschaftsvertrag oder durch nachträglichen einstimmigen Beschluss kann eine andere Regelung stattfinden, welche an keine besonderen gesetzlichen Schranken gebunden ist.

So kann festgesetzt werden, dass jeder Gesellschafter zur Einzelgeschäftsführung berechtigt ist, oder die Geschäftsführung auf einen oder mehrere Gesellschafter übertragen wird und zwar wiederum als Einzel- oder Kollektivgeschäftsführung. Auch in diesen Fällen liegt dann nicht ein gegenseitiger Auftrag vor, sondern der Verzicht von Rechten und die Befreiung von Pflichten, kurz, derselbe rechtliche Vorgang wie bei vertragsmässiger Aenderung der Geschäftsführung unter den Gesellschaftern bei Bestehen der offenen Handelsgesellschaft[2].

1. Keissner, Zeitschrift für Handelsrecht. X. S. 342.
2. v. Hahn, a. a. O., S. 346.

Für den Gesellschafter, der «in seiner Eigenschaft als Gesellschafter» handelt, kommen daher die Regeln des Gesellschaftsrechts zur Anwendung, wie dies auch die gegnerische Ansicht zugiebt[1], dagegen bestreitet die wohl herrschende Ansicht die Zulässigkeit ihrer Anwendung für den Fall, dass der Gesellschafter Liquidator ist, da der Art. 144 sich nur auf das Verhältniss der Gesellschafter unter einander, nicht auf das der Liquidatoren zu den Gesellschaftern beziehe[2].

Wir haben aber gesehen, dass die Geschäftsführung für die Liquidatoren keine wesentliche Eigenschaft bildet, es können also die einen von den Gesellschaftern die Geschäftsführung ohne die Vertretung, die anderen, die Liquidatoren, die Vertretungsbefugniss ohne die Geschäftsführung haben. In diesem Falle würden also nach Art. 144 für die Geschäftsführer als blosse Gesellschafter die Regeln des zweiten Abschnittes zur Anwendung kommen. Sollte dieses nicht auch der Fall sein, wenn den Geschäftsführern durch einstimmigen Beschluss später auch noch die Vertretung übertragen würde, oder sollen dann, ohne dass sich der Umfang der Geschäftsführung und die den Gesellschaftern obliegende Aufgabe auch nur im geringsten ändert, völlig andere Grundsätze Platz greifen?

Nach der gegnerischen Ansicht müsste man bei

---

1. v. Hahn, S. 533. § 2. Puchelt, a. a. O. S. 317.

2. Für alle Liquidatoren nimmt die Geltung des für die Zeit vor der Auflösung vom H. G. B. aufgestellten Vorschriften an. v. Gräwel, Busch. IV. S. 53 f.

den einzelnen Handlungen unterscheiden, ob die Gesellschafter, in ihrer Eigenschaft als solche oder als Liquidatoren handeln; in ersterem Falle kommen die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs, in letzterem Falle die des bürgerlichen Rechtes, und zwar nach Renaud[1] die des Mandats (Haftung für omnis culpa), nach v. Hahn[2] die über die Gemeinschaft zur Anwendung. Für unsere beiden Behauptungen, dass für den Gesellschafter die Bestimmungen über die Geschäftsführung ihre Geltung behalten, sowie dass auch der Gesellschafter-Liquidator als Geschäftsführer nicht anders zu beurtheilen sei wie der geschäftsführende Gesellschafter vor der Auflösung, spricht auch die schon oben erwähnte Bestimmung des Preussischen Entwurfs, sowie des Entwurfs I. und II. Lesung, welche die Liquidation den bisherigen, geschäftsführenden (nach unseren obigen Ausführungen zugleich vertretungsberechtigten[3]) Gesellschaftern übertrug. Falls diese Bestimmung Gesetzeskraft erlangt hätte, würde man wohl kaum auf Grund dieser Vorschrift hin eine Aenderung der rechtlichen Natur der Geschäftsführung angenommen haben, ebensowenig ist diese Annahme heute statthaft, wo zwar aus Zweckmässigkeitsgründen das Gesetz eine andere Berufung dispositiv festsetzt.

Vor Allem steht aber auch die schon nach den gesetzlichen Bestimmungen vorliegende thatsächliche Verschiedenheit der Stellung des Gesellschafter-

1. Renaud, a. a. O., S. 588.
2. v. Hahn, a. a. O., S. 533 § 2.
3. S. oben S. 20.

Liquidators[1] von der des fremden Liquidators in völligem Einklang mit unserer Behauptung, wonach die rechtliche Stellung beider eine verschiedene ist.

Durch seine Ernennung übernimmt der fremde Liquidator bei Ermangelung anderweitiger Vereinbarung nach Art. 137 zugleich die Pflicht, die Liquidationsgeschäfte zu besorgen, er ist auch den Gesellschaftern gegenüber hierzu berechtigt. Aber der fremde Liquidator hat im Gegensatz zum Gesellschaftsliquidator kein selbstständiges Recht auf die Geschäftsführung, vielmehr bestimmt Art. 140 ausdrücklich, dass der Liquidator dem Gesellschafter gegenüber verpflichtet ist, ihren einstimmig getroffenen Anordnungen Folge zu geben. Diese Vorschrift hat gegenüber dem Gesellschaftsliquidator natürlich keine praktische Bedeutung, indem zu solchen Anordnungen auch seine Zustimmung gehört.

Die Gesellschafter, welche nicht Liquidatoren sind, haben durch Ernennung des Gesellschafters zum Liquidator auf ihr Recht zur Geschäftsführung, immer abgesehen von einem ausdrücklichen Vorbehalt, verzichtet[2], der Gesellschafter-Liquidator ist ausschliesslicher Geschäftsführer geworden, berechtigt, ungeachtet des Widerspruchs der übrigen Gesellschafter, alle Handlungen vorzunehmen[3], welche die Durchführung der Liquidation nach Art. 137 mit sich bringt.

Ganz anders stehen die Gesellschafter dem frem-

1. Behrend, S. 570, Anm. 20; Renaud, a. a. O., S. 549.
2. Entsch. d. R. O. H. G. Bd. 20, S. 12.
3. Entsprechend Art. 99.

den Liquidator gegenüber. Als Geschäftsherren können sie dem Liquidator jederzeit Instruktionen ertheilen, ihn in seiner Geschäftsführung beschränken, und ohne ihn von seiner Stellung als Liquidator abzuberufen, ihm dieselbe ganz entziehen. Beauftragen also die Gesellschafter einen Fremden mit der Geschäftsführung, so befreien sie sich nur von der diesem übertragenen Arbeitsleistung, sie behalten aber noch die Pflicht einer gewissen Kontrolle und das unbeschränkte Recht, jederzeit nach Gutdünken in den Geschäftsbetrieb einzugreifen. Die Rechtsverhältnisse des fremden Liquidators zu den Gesellschaftern bestimmen sich demnach nach den Regeln des Mandats, wobei wir als dessen allein wesentliches Merkmal die freie Widerruflichkeit ansehen. Das rein römische Mandat, für welches auch noch die Unentgeltlichkeit wesentlich ist, braucht nicht vorzuliegen, der Liquidator kann vielmehr in einem Dienstverhältniss zu den Gesellschaftern stehen oder auch ohne dass ein solches vorliegt, ein kontraktliches Recht auf Belohnung haben. Die aus einem derartigen Vertrage beiden Parteien zustehenden Ansprüche richten sich nach den allgemeinen Grundsätzen[1].

2. Die Vertretungsbefugniss des Liquidators.

Das für den Liquidator allein wesentliche Merkmal ist seine Vertretungsbefugniss; jeder Liquidator

---

1. Dass die Zulassung der Ernennung und Abberufung des Liquidators durch den Richter unseren Ausführungen nicht entgegensteht, werden wir unten sehen.

ist Vertreter der Gesellschaft. Die rechtliche Natur dieser Vertretungsbefugniss ist aber auch hier eine verschiedene, je nachdem der Liquidator Gesellschafter ist oder ein Fremder. Ist der Liquidator zugleich Gesellschafter, so entspricht seine rechtliche Stellung der eines von der Vertretung nicht ausgeschlossenen Gesellschafters vor der Auflösung. Die Stellung eines fremden Liquidators ist die eines gewöhnlichen Bevollmächtigten, dessen Vollmacht gesetzlich bestimmt und unbeschränkbar ist, der fremde Liquidator nimmt also eine dem Prokuristen ähnliche Stellung ein.

In Betreff der Stellung des Gesellschafter-Liquidators stimmen wir also in dem praktischen Resultate mit der wohl allgemein anerkannten Ansicht überein, dass dieser ausschliesslicher Vertreter der Gesellschaft ist. Die Behauptung, der Liquidator habe seine Vertretungsbefugniss kraft eigenen Rechtes und nicht infolge einer praepositio institoria, findet ihre Begründung in Betrachtungen, die den Ausführungen entsprechen, welche wir bei Feststellung des Wesens der Geschäftsführung des Gesellschafter-Liquidators gemacht haben. Im Einzelnen verweisen wir daher bei der weiteren Darstellung auf diese Ausführungen.

a. Ist durch den ursprünglichen oder nachträglich veränderten Gesellschaftsvertrag nicht das Gegentheil festgesetzt, so verlieren mit der Auflösung die Bestimmungen über die Vertretung ihre Kraft, und es greifen die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs Platz. Alle Gesellschafter oder deren Ver-

treter werden zur Kollektivvertretung berufen «als Liquidatoren». Ein einseitiger Verzicht auf diese Vertretungsbefugniss ist ebensowenig statthaft wie ein solcher auf die Geschäftsführung; jeder Vertretungsakt enthält ebenfalls eine Arbeitsleistung, welche jeder Gesellschafter von dem andern zu fordern das Recht hat. Die gesetzliche Berufung kann daher von den Gesellschaftern, wie Staub[1] und Puchelt[2] gegen Behrend[3] mit Recht annehmen, nicht abgelehnt werden; dass der Gesellschafter die Vertretungsbefugniss «als Liquidator» habe, kann natürlich für den Umfang der Vertretungsbefugniss keinen Einfluss haben. Da die Gesellschafter durch die Auflösung in ihrer Handlungsfähigkeit nicht beschränkt werden, zu allen die Gesellschaft verpflichtenden und berechtigenden Akten aber Willensäusserung sämmtlicher Gesellschafter erforderlich ist, so kommen daher in diesem Falle Dritten gegenüber die besonderen Bestimmungen für die Liquidatoren nicht in Anwendung; Dritten gegenüber sind vielmehr dieselben Regeln massgebend wie bei vertragsmässiger Kollektivvertretung während des Bestehens der offenen Handelsgesellschaft[4]. Da durch diese Kollektivvertretung der Verkehr mit Dritten äusserst erschwert ist, wird namentlich, wenn die

---

1. Staub, a. a. O., S. 207, § 4.
2. Puchelt, S. 301.
3. Behrend, S. 569, Anm. 23.
4. Ueber die Streitfrage, ob vor der Auflösung der Gesellschaft bei Kollektivvertretung Zustellungen nur an einen der Gesellschafter zu geschehen brauchen, s. Gorski, S. 150 u. dort. cit.

Zahl der Gesellschafter eine grosse ist, die gesetzliche Berufung nur selten praktisch zur Anwendung kommen. Durch einstimmigen, vor oder nach der Auflösung gefassten Beschluss können, abgesehen von der Ernennung eines Fremden, alle oder nur mehrere Gesellschafter zur Einzel- oder Kollektivvertretung[1] oder überhaupt nur einer zur Vertretung der Gesellschaft berufen werden. Die durch das Gesetz bestimmte Ausschliessung der Vertretungsbefugniss wird dann also gänzlich oder theilweise wieder aufgehoben, indem evtl. zugleich einzelne auf ihr Vertretungsrecht verzichten.

Man könnte aber gegen die principielle Gleichstellung des Liquidators mit dem geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschafter vor der Auflösung den thatsächlichen Unterschied in der Stellung beider hervorheben, welcher in der Zulassung der Ernennung und Abberufung des Liquidators durch den Richter besteht[2]. Indessen können wir der gesetzlichen Vorschrift, wonach Vorliegen «wichtiger Gründe» auf Antrag eines Gesellschafters der Richter einen Liquidator abberufen und einen anderen ernennen kann, keine solche Bedeutung beilegen, dass durch dieselbe das Wesen der Geschäftsführung und der Vertretung geändert würde. Besteht doch schon vor der Ablösung in dem Art. 101 eine ähnliche Vorschrift. Auf Grund derselben kann freilich nur

1. Und zwar ist bei Ermangelung eines besonderen Beschlusses letzteres der Fall. Art. 136; oben S. 34.

2. Wie diese Ernennung erfolgt, s. Behrend, a. a. O., S. 569, Anm. 22.

der Geschäftsführer und zwar, wie die herrschende Meinung mit Recht annimmt, nur derjenige, welchem die Geschäftsführung besonders übertragen ist, wegen «rechtmässiger Ursache» abberufen werden[1], während die für den Liquidator geltende Bestimmung in erster Linie die Entziehung der Vertretungsbefugniss und nur sekundär die der Geschäftsführung betrifft; aber dieser stärkere Schutz, welchen das Gesetz während der Liquidation dem einzelnen Gesellschafter gewährt, ist begründet in der Aenderung der Verhältnisse, er bildet ein Gegengewicht gegen das Hervortreten der Einzelinteressen der Gesellschafter und ist aber geradezu nothwendig, weil jetzt eine Ausschliessung eines Gesellschafters nicht mehr möglich ist; dass aber eine derartige Vorschrift nicht unvereinbar ist mit den für die Zeit vor der Auflösung über die Geschäftsführung und Vertretung gegebenen Bestimmungen, zeigt am besten der Umstand, dass manche Schriftsteller das Bestehen einer solchen auch schon für die Zeit vor der Auflösung behaupten[2].

In der Möglichkeit der Abberufung eines Gesellschafter-Liquidators durch den Richter liegt natürlich zugleich die der Ernennung eines Gesellschafters zum Liquidator, indem man alle bis auf den Ernannten als abberufen ansehen kann; in der richterlichen Berufung liegt der zwangsweise Verzicht

1. Merfeld, Zur Auslegung des Art. 101 d. H. G. B. Ztschr. f. Hr., Bd. 41, S. 76 f. gegen Geiger. Ztschr. f. Hr., Bd. 40, S. 130 f.

2. Geiger, Ztschr. f. Hr., Bd. 40, S. 131 und dort cit.

der übrigen. Zur Annahme der Berufung und damit zur Uebernahme der Geschäftsführung ist der Gesellschafter nicht verpflichtet, durch Eintritt in die Gesellschaft hat er sich im Zweifel nur zu der vom Gesetz bestimmten Arbeitsleistung verpflichtet. Während die Gesellschafter aber durch einstimmigen Beschluss Geschäftsführung und Vertretung trennen können, hat der Richter nur das Recht einen Liquidator zu ernennen, den Antrag eines Gesellschafters immer vorausgesetzt; Instruktionen ertheilen kann er ihm richtiger Ansicht nach nicht und folglich ihm auch die Geschäftsführung nicht entziehen[1]. Der vom Richter ernannte Liquidator muss folglich stets Geschäftsführer mit den vom Gesetz bestimmten Befugnissen und Verpflichtungen sein; ist dieses nicht der Fall, so liegt, da zu jeder diesbezüglichen Aenderung die Zustimmung der übrigen Gesellschafter erforderlich ist, eine Berufung durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafter, wenn auch unter richterlicher Vermittelung vor.

Für den richterlich ernannten Gesellschafter-Liquidator kommen also ebenfalls in Bezug auf die Geschäftsführung die gesetzlichen Bestimmungen des Gesellschaftsrechts zur Anwendung. Die Thatsache, dass zwar meist gegenseitiges Misstrauen oder wenigstens nicht beilegbare Streitigkeiten die Anrufung und das Eingreifen des Richters veranlassen werden, kann beim Mangel positiver, gesetzlicher Vorschriften allein nicht genügen, dem Gesellschafter-Liquidator,

1. Behrend, a. a. O., S. 576, Anm. 17 und dort cit.

wie dies Keyssner[1] und Francken[2] verlangen, strengere Pflichten aufzuerlegen. Aber auch praktische Erwägungen lassen eine solche Forderung nicht als billig erscheinen. Denn immerhin handelt es sich doch für den Gesellschafter-Liquidator bei der Durchführung der Liquidation auch um eigene Interessen; der Richter muss, ehe er die Wahl trifft, die anderen Gesellschafter anhören und bei der Wahl die Interessen Aller im Auge behalten; in seiner unparteiischen Stellung wird es ihm ausserdem oft ein leichtes sein, eine Vermittelung herbeizuführen, so dass doch noch ein Vertrag zu Stande kommt, z. B. der Liquidator sich zur Anwendung einer höheren Sorgfalt verpflichtet. Kommt ein solcher Vertrag aber nicht zu Stande und erscheint der Gesellschafter ohne die Uebernahme besonderer Verpflichtungen nicht als geeignet den in der Liquidatorenstellung liegenden Vertrauensposten zu übernehmen, so ist der Richter bei seiner Wahl ja nicht an den Kreis der Gesellschafter gebunden, sondern kann jeden beliebigen Dritten zum Liquidator ernennen, und gerade dieses Recht des Richters bietet den nichternannten Gesellschaftern genügende Sicherheit, dass der Genosse, dem der Richter die Durchführung der Liquidation anvertraut hat, die gemeinsamen Interessen der Gesellschaft genügend vertreten wird.

b. Die rechtliche Stellung des fremden Liquida-

---

1. Keyssner, a. a. O., S. 341 und 368.
2. Francken, a. a. O., S. 148.

tors ist die eines Bevollmächtigten der Gesellschaft. Auch schon vor der Auflösung der Gesellschaft kann sowohl die Geschäftsführung als auch die Vertretung einem Dritten übertragen werden, in der Regel ist derselbe Prokurist[1]. Es lassen sich zwei Fälle unterscheiden: Alle Gesellschafter können neben dem Dritten zur Kollektivgeschäftsführung und -Vertretung berechtigt sein oder alle Gesellschafter können durch einstimmigen Verzicht von der Geschäftsführung und Vertretung gänzlich ausgeschlossen sein. Praktisch kommen beide Fälle auf dasselbe hinaus. Während aber in ersterem Fall die Gesellschafter ohne weiteres unter der Gesellschaftsfirma Rechtsgeschäfte abschliessen können, liegt bei einem derartigen Handeln in letzterem Falle, da zur Firmenführung nur Vertretungsberechtigte befugt sind, ein einstimmiger Widerruf ihres Verzichtes vor. Ein solcher Widerruf ist aber unbestritten jederzeit zulässig[2]. Genau dieselben Verhältnisse können nach der Auflösung vorliegen bei der Ernennung eines Fremden zum Liquidator, denn die Gesellschafter können entweder einen Dritten zum Liquidator ernennen, derart, dass sie selbst Vertretungsberechtigte mit Kollektivvertretungsbefugniss[3], also Liqui-

1. Auch derart, dass der Prokurist mit einem vertretungsberechtigten Gesellschafter zusammen nur zur Kollektivvertretung berechtigt ist. Laband, Ztschr. f. Hr., Bd. XIV; Lastig in Endemanns Hd., I, S. 389 f.

2. v. Hahn, a. a. O., S. 347, 352, 415 § 7; Lastig, a. a. O., S. 389; Gorski, a. a. O., S. 154, Anm. 3 u. dort. cit.

3. Natürlich können aber auch neben einem Fremden alle Gesellschafter zur Einzelvertretung berechtigt sein.

datoren, bleiben, oder dass sie auf ihr Vertretungsrecht verzichten, der fremde Liquidator also allein Liquidator ist. «Die Folge einer solchen Ausschliessung ist nicht, dass die Gesellschaft handlungsunfähig wird, sondern dass sie nicht durch einzelne Gesellschafter handeln kann[1].» Denn die Gesellschafter können auch hier jederzeit ihren Verzicht widerrufen und als Vertretungsberechtigte, gleich Liquidatoren, unter der Gesellschaftsfirma Geschäfte abschliessen. In diesem Sinne ist es richtig, wenn v. Hahn sagt: «Nach aussen auftreten, für die Gesellschafter verbindlich handeln aber können nur die Liquidatoren», genau wie vor der Auflösung nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter[2]. Dadurch, dass nach der Auflösung die vertretungsberechtigten Gesellschafter und der fremde Vertreter dieselbe Bezeichnung führen, dürfen wir uns aber nicht täuschen lassen über die verschiedene Stellung, welche beide einnehmen. Umgekehrt wie v. Hahn müssen wir sagen, die fremden Liquidatoren sind, wie der Prokurist, zufällige Vertreter, deren sich der Prinzipal (die Gesellschafter) bedienen kann, aber nicht nothwendig bedienen muss, sie sind nicht nothwendige und ausschliessliche Vertreter wie der Vorstand der Aktiengesellschaft.

Schon die Erwägung macht die Ausschliesslichkeit der Vertretungsbefugniss des fremden Liquida-

1. v. Hahn, a. a. O., S. 507 § 4.
2. Anschütz und Völderndorff, a. a. O., S. 90.

tors zu einer illusorischen, dass der fremde Liquidator ja kein Recht auf seine Stellung hat, was auch die Gegner anerkennen. Wie er nun jederzeit abberufen werden kann, so können die Gesellschafter durch einstimmigen Beschluss auch jederzeit einen Mitliquidator mit Einzelvertretungsbefugniss ernennen. Sind die Gesellschafter einstimmig, so brauchten sie also, um der gegnerischen Ansicht gerecht zu werden, zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes nur einen Mitliquidator zu ernennen, wozu es ja nicht einmal einer Zwischenperson bedarf, indem der Gegenkontrahent selbst Liquidator sein kann. Durch Subsumtion einer stillschweigenden Ernennung, evtl. mit sofortiger Abberufung, könnte man also stets die Ausschliesslichkeit der Vertretungsbefugniss des fremden Liquidators beseitigen.

Der Anwalt im Anwaltsprozess ist nothwendiger Vertreter, «das Gesetz hat der Partei die Möglichkeit selbstthätigen prozessualen Handelns versagt»; ist der bisherige Anwalt abberufen, so muss die Partei, um weiter vor Gericht auftreten zu können, sich einen neuen Anwalt bestellen[1]. Den fremden Liquidator dagegen können die Gesellschafter jederzeit abberufen, ohne zur Ernennung eines anderen besonderen Liquidators gezwungen zu sein, sie können auch neben dem fremden Liquidator — selbst «als Liquidatoren» oder durch einen Dritten als Mitliquidator — handeln, von einer nothwendigen

1. Gegen Francken, a. a. O., S. 149 f.

und ausschliesslichen Vertretungsbefugniss kann also bei ihm nicht die Rede sein[1].

Die rechtliche Stellung des durch den Richter ernannten fremden Liquidators unterscheidet sich anerkanntermassen von der des durch einstimmigen Beschluss erwählten in keiner Weise, auch er ist, wie im Art. 140 besonders hervorgehoben wird, Mandatar und Bevollmächtigter der Gesellschaft. Die richterliche Ernennung soll nur, wie schon von der Kommission hervorgehoben ist[2], die oft nicht zu erreichende Einstimmigkeit der Gesellschafter ersetzen; herrscht aber solche Einstimmigkeit, so ist auch der richterlich ernannte Liquidator an diese Anordnung gebunden. Die Nothwendigkeit einer richterlichen Abberufung auf Antrag eines Gesellschafters liegt klar auf der Hand, wäre doch sonst betrügerischen Kollusionen des fremden Liquidators mit einem der Gesellschafter Thür und Thor geöffnet.

II. Die rechtliche Stellung des Liquidators gegenüber den Gläubigern und Schuldnern der Gesellschaft.

Den Gläubigern und Schuldnern der Gesellschaft stehen die Liquidatoren nur als Vertreter derselben gegenüber und zwar der Gesellschafter-Liquidator

1. Wir schliessen uns der Ansicht an, dass die offene Handelsgesellschaft auch als Liquidationsgesellschaft keine juristische Person ist. Ueber die Bezeichnung des Liquidators als «Organ und Repräsentant der aufgelösten Gesellschaft» s. Nöldeke, a. a. O., S. 28 und 52.

2. Prot. 252, 4533.

im Gegensatz zum fremden Liquidator als ausschliesslicher Vertreter.

Für die Gläubiger und Schuldner kommt namentlich die Vorschrift des Gesetzes in Betracht, welche den Liquidator zur Einziehung der Forderungen der Gesellschaft und zur Erfüllung der Verbindlichkeiten derselben ermächtigt; die Schuldner können also mit befreiender Wirkung an den Liquidator Zahlung leisten, und die Gläubiger von ihm als dem Firmenvertreter Bezahlung ihrer Forderungen verlangen. Diese gesetzlichen Bestimmungen sind aber ausschliesslich im Interesse der Gesellschafter gegeben, keineswegs besteht irgend ein Auftragsverhältniss zwischen dem Liquidator als solchem und dem Gläubiger, er ist daher für seine Thätigkeit den Gläubigern nicht im mindesten verantwortlich[1]. Wie die Gläubiger überhaupt kein Recht haben die Auseinandersetzung der Gesellschafter im Liquidationsverfahren zu verlangen, so steht ihnen auch kein Eingriff in das Verfahren selbst zu, so haben sie z. B. nicht das Recht, die Ernennung oder Abberufung eines Liquidators fordern zu können[1]. Es läge auch kein Grund vor, den Gläubigern nach der Auflösung eine besondere Sicherung ihrer Ansprüche zu gewähren, weil ja, trotz der Auflösung, die unbeschränkte Solidarhaft sämmtlicher Gesellschafter bestehen bleibt[2]. Indirekt kann zwar die Verringerung des Gesellschaftsfonds die Interessen der Gläu-

1. Entschd. d. R. O. H. G., Bd. 24, S. 245.
2. Nöldeke, a. a. O., S. 46 f.

biger gefährden, aber ebensowenig wie den Gläubigern vor der Auflösung ein Einspruchsrecht zusteht, wenn die Gesellschafter den Handlungsfonds herabsetzen[1], können sie jetzt ein solches Recht gegen die Abnahme des Gesellschaftsvermögens durch schlechte Verwaltung oder Vertheilung unter die Gesellschafter beanspruchen[2].

Nur in einer Beziehung sind die Gläubiger den Liquidatoren gegenüber mit einem besonderen Schutz ausgestattet, und zwar durch § 214 der Konkursordnung. Hiernach finden die Strafvorschriften der §§ 209—211 über betrügerischen und einfachen Bankerutt, sowie über das Vergehen, welches in der absichtlichen Bevorzugung eines Gläubigers bei Kenntniss der Zahlungsunfähigkeit besteht, auch gegen die Liquidatoren Anwendung, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben[3].

Während die Liquidatoren als solche den Gläubigern gegenüber ausschliesslich Vertreter der Gesellschaft sind, können sie durch besonderen Vertrag aber nur mit Willen der Gesellschafter, zu gleicher Zeit auch in einem Auftragsverhältniss zu den Gläubigern stehen, ja es können die Gläubiger selbst oder ein Ausschuss derselben zu Liquidatoren bestellt werden. Die Gläubiger sind dann ermäch-

---

1. Laband, Zeitschr., Bd. 31, S. 6.

2. Andererseits bleiben die den Gläubigern schon vor der Auflösung zukommenden Sicherungsmittel auch nach der Auflösung bestehen. Behrend, a. a. O., S. 471, Anm. 14 u. 581 a. 37.

3. Wengler, Konkursordnung, S. 667 f.

tigt, als Liquidatoren bei Abwickelung der Geschäfte sich selbst bezahlt zu machen, und es finden die Regeln über das Kontrahiren des Stellvertreters mit sich selbst Anwendung[1].

Auch dann bleiben natürlich die Liquidatoren Bevollmächtigte der Gesellschafter und können jederzeit abberufen werden. Selbst wenn vertragsmässig die Gesellschafter den Gläubigern oder sonstigen Dritten gegenüber auf den Widerruf der Vollmacht verzichtet haben, erlischt dieselbe durch den einseitigen Widerruf, aber die Gesellschafter haften dann für Schadenersatz dem Dritten[2], namentlich kann sich der Dritte durch Festsetzung einer Konventionalstrafe vor ungerechtfertigter Abberufung des Liquidators schützen.

Den Gläubigern und Schuldnern der Gesellschaft steht also der Liquidator wie den anderen Nichtgesellschaftern gegenüber. —

Um das Resultat unserer bisherigen Betrachtungen kurz zusammenzufassen, können wir als Begriffsbestimmung des Liquidators aufstellen:

Der Liquidator einer offenen Handelsgesellschaft ist der Vertreter der in Liquidation befindlichen offenen Handelsgesellschaft (dessen Vertretungsbefugniss gesetzlich festgesetzt und unbeschränkbar ist), auf Grund einer gesetzlichen Präsumtion in der Regel zugleich Geschäftsführer derselben, verschie-

---

1. R.-G. civ. VI. 7 u. 12, S. 38. Behrend, S. 344, Anm. 3 und S. 538, Anm. 11.

2. Entsprechende Verhältnisse vor der Auflösung, Anschütz und Völderndorff, II, S. 183, Anm. 7.

den in seiner rechtlichen und thatsächlichen Stellung, je nachdem er Gesellschafter ist oder nicht.

Zur Lösung unserer weiteren Aufgabe können wir demnach drei Gruppen von Befugnissen und Verpflichtungen der Liquidatoren unterscheiden.

Als erste Gruppe kommen in Betracht die Rechte und Pflichten, die aus der Vertretungsbefugniss der Liquidatoren hervorgehen; die zweite Gruppe bilden diejenigen, welche dem Liquidator als Geschäftsführer zustehen; die dritte bilden die von dem persönlichen Verhältniss der Liquidatoren zu den Gesellschaftern abhängigen Rechte und Verpflichtungen.

D.

I. Die Rechte und Verpflichtungen des Liquidators als Vertreter der Gesellschaft.

1. Die Vertretungsbefugniss des Liquidators ist gesetzlich normirt und zugleich unbeschränkbar, denn Art. 138 bestimmt: «Eine Beschränkung des Umfanges der Geschäftsbefugnisse der Liquidatoren (Art. 137) hat gegen dritte Personen keine rechtliche Wirkung.» Nur die Beschränkung der Vertretungsbefugniss ist also ausgeschlossen, nicht dagegen ihre Erweiterung. Zu einer Erweiterung bedarf es aber eines einstimmigen Beschlusses der Gesellschafter (Art. 140); fehlt es an einem solchen, so hat der Liquidator nur die gesetzlich fixirte Vollmacht.

Während es nun in der Literatur allgemein anerkannt war, dass diese gesetzliche Vollmacht sich

nach dem Art. 137 bestimmt, dass vor Allem auch die in demselben enthaltenen Beschränkungen Dritten gegenüber Geltung haben, ist gegen die allgemeine Ansicht neuestens Jacoby aufgetreten[1] mit der Behauptung, durch die ausdrückliche Verweisung des Art. 138 auf den Art. 137 würden in unverkennbarer Weise die Schranken dieser Satzungen für den Verkehr nach aussen aufgehoben. Art. 137 stelle lediglich Dispositivnormen auf, während Art. 138 den Verkehr nach aussen in zwingender Weise regele; eine Parenthese müsse man aber in dem Handelsgesetzbuch immer in die Worte auflösen: «wie es in dem betreffenden Artikel geschrieben steht», alsdann käme man unwiderruflich zu seinem Resultate. Bei dem Art. 43, in welchem ja genau in entsprechender Weise auf den vorhergehenden Artikel verwiesen wird, läge der Nachdruck auf dem Wort Umfang, im Art. 138 auf Beschränkung. Schliesslich sprächen die Protokolle der Nürnberger Kommission und das allgemeine Bestreben des Gesetzgebers, welches im Gesellschaftsrecht vor allem auf die Sicherung des Verkehrs ginge, für seine Behauptung.

Aber die Schlussfolgerungen Jacoby's sind keineswegs zwingend und der Gesetzestext und die Nürnberger Protokolle sprechen nicht für, sondern direkt gegen seine Annahme. Abgesehen davon, dass nach Jacoby's Annahme der Umfang der

1. Gelegentlich seiner Recension des Nöldeke'schen Werkes in der Krit. Vierteljahresschrift St. F. Bd. XII, S. 128.

Vollmacht des Liquidators völlig unbeschränkt wäre, was dem praktischen Bedürfniss kaum entsprechen dürfte[1], und dass das Gesetz im Widerspruch mit seiner sonstigen Gewohnheit[2], dann überhaupt keine Bestimmung über diesen Umfang enthielte, wäre also die Parenthese (Art. 138) ganz zwecklos, und von zwei absichtlich genau gleichartig gefassten Gesetzesstellen sollte, ohne dass auch der Text den geringsten Anhalt dazu giebt, die eine gerade das Entgegengesetzte besagen wie die andere. Denn zu einer Unterscheidung, dass im Art. 43 der Nachdruck auf dem Worte Umfang, in Art. 138 auf Beschränkung läge, fehlt es doch an jeder Veranlassung. Die Protokolle lauten aber vollständig zu Gunsten der herrschenden Ansicht, wird doch in der von Jacoby selbst citirten Stelle auf die Analogie mit der Bestimmung über die Prokura verwiesen, und schliesslich sogar ausdrücklich in dritter Lesung «die Frage, ob die bezüglich der Eingehung neuer Geschäfte aufzustellende Bestimmung nur auf das Verhältniss der Liquidatoren zu den Gesellschaftern zu beziehen sei, der Abstimmung unterstellt und mit 11 gegen 2 Stimmen verneint, und hierauf mit 8 gegen 5 Stimmen entschieden, dass diese Bestimmung auch auf das Verhältniss zu Dritten zu beziehen sei[3]».

Es bleibt also bei der herrschenden Ansicht,

---

1. Protok. 4531 f.

2. Vergl. Art. 42, 47, 49, 111, 167, 196; 227 in Verbindung mit 231.

3. Nürnberger Protokolle, S. 4532.

dass für den Umfang der gesetzlichen Vollmacht des Liquidators der Art. 137 massgebend ist. Dieser hat den Wortlaut: «Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen derselben einzuziehen und das Vermögen der Gesellschaft zu versilbern; sie haben die Gesellschaft gerichtlich und aussergerichtlich zu vertreten; sie können für dieselbe Vergleiche schliessen und Kompromisse eingehen. Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen.

Die Veräusserung von unbeweglichen Sachen kann durch die Liquidatoren ohne Zustimmung der sämmtlichen Gesellschafter nicht anders als durch öffentliche Versteigerung bewirkt werden».

Von einer eingehenden Untersuchung, welche Rechtshandlungen innerhalb der durch diesen Artikel gezogenen Grenzen fallen, wollen wir an dieser Stelle absehen. Wie der Art. 137 selbst in erster Linie zur Bestimmung der Geschäftsführung des Liquidators gegeben und erst durch Verweisung des Art. 138 für den Umfang der Vollmacht massgebend ist, so verweisen auch wir zur Vermeidung von Wiederholungen auf die unten folgenden Ausführungen über die Rechte und Pflichten, welche der Liquidator nach dem Gesetz als Geschäftsführer hat, da die Geschäftsführung alle Vertretungshandlungen, nicht aber die Vertretung zugleich die Geschäftsführung umfasst.

2. *a.* Schliesst der Liquidator ein Rechtsgeschäft

ab, welches innerhalb der gesetzlichen oder noch erweiterten Vertretungsbefugniss liegt, so wird dadurch dem Dritten gegenüber die Gesellschaft direkt berechtigt und verpflichtet; zwischen dem Liquidator selbst und dem Dritten entsteht weder Recht noch Pflicht.

Soll diese Firmenhaftung eintreten, so muss der Liquidator im Namen der Gesellschaft gehandelt haben. Der Art. 139 bestimmt:

«Die Liquidatoren haben ihre Unterschrift in der Weise abzugeben, dass sie der bisherigen, nun als Liquidationsfirma zu bezeichnenden Firma ihren Namen beifügen.»

Dieser Artikel enthält aber ebensowenig wie der entsprechende Art. 44 einen Rechtssatz, sondern bildet nur eine Ordnungsvorschrift; auch für das von dem Liquidator vorgenommene Rechtsgeschäft genügt es, wenn die Umstände ergeben, dass dasselbe nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte. Selbst bei Wechselunterschriften bedarf es nicht der buchstäblichen Bezeichnung, wenngleich gerade hier dem Liquidator zur Vermeidung von eventueller persönlicher Haftung die grösste Vorsicht anzuempfehlen ist.

Durch die vom Liquidator im Namen der Gesellschaft innerhalb seiner Vertretungsbefugniss abgeschlossenen Geschäfte, wird die Gesellschaft nach Art. 144 in derselben Weise verpflichtet wie durch ein vom Firmenvertreter vor der Auflösung vorgenommenes Geschäft, d. h. auch für die ein-

gegangenen neuen Verbindlichkeiten tritt unbeschränkte Solidarhaft sämmtlicher Gesellschafter ein, denn die solidarische Haftung der Gesellschafter widerspricht nicht nur nicht den Interessen der Liquidation, sondern ist ihr höchst förderlich und ihr Fortbestehen wird gerade durch das Fortbestehen der Gesellschaftsfirma verkündet[1]. Wie vor der Auflösung, so können daher auch im Liquidationsstadium die Gesellschaftsgläubiger ihre Ansprüche nicht nur gegen die Gesellschaftsfirma, sondern auch gegen jeden einzelnen der Gesellschafter geltend machen[2], eine hiervon abweichende Bestimmung des Entwurfs erster Lesung ist in der zweiten Lesung verworfen worden[3].

Diese Haftung der Gesellschafter tritt also stets ein, wenn der Liquidator innerhalb der Grenzen seiner Vertretungsbefugniss handelt; ob der Liquidator den Gesellschaftern gegenüber zur Vornahme der Handlung berechtigt ist oder nicht, kommt für den Dritten nicht in Betracht, die Gesellschaft wird vielmehr sogar dann verpflichtet, wenn der Dritte eine etwaige Beschränkung der Befugnisse des Liquidators kannte, ausgenommen bei doloser Kollusion[4].

Von besonderer Bedeutung ist für die Abgrenzung der Vertretungsbefugniss des Liquidators die Vorschrift des Gesetzes, dass der Liquidator neue Geschäfte nur zur Beendigung schwebender Geschäfte

1. Nöldeke, a. a. O., S. 46.
2. Behrend, 575, Anm. 14 u. dort cit.
3. Protokolle, S. 259 ff., 1016.
4. Staub, a. a. O., z. Art. 138, S. 216 f. u. dort cit.

eingehen könne. Da nach unseren obigen Ausführungen diese gesetzliche Beschränkung der Geschäftsbefugnisse des Liquidators auch Dritten gegenüber gilt, so muss der Dritte bei Eingehen eines neuen Geschäftes stets erst prüfen, ob die vom Gesetz verlangte Voraussetzung vorhanden ist, will er nicht Gefahr laufen, mit einem unbefugten Stellvertreter zu kontrahiren.

In dem Entwurf zweiter Lesung war die entsprechende Bestimmung noch schärfer, indem der Liquidator nur dann zur Eingehung neuer Geschäfte berechtigt sein sollte, wenn er ohne solche die schwebenden Geschäfte nicht erledigen kann[1]. Zur Erleichterung des Verkehrs mit einer in Liquidation befindlichen offenen Handelsgesellschaft wurde beantragt, diese Bestimmung nur für das Verhältniss des Liquidators zu den Gesellschaftern gelten zu lassen, während es zur Verpflichtung und Berechtigung der Gesellschaft genügen sollte, wenn das neue Geschäft zum Zwecke der Liquidation vorgenommen sei; doch dieser Antrag wurde abgelehnt und die zwischen beiden Vorschlägen stehende jetzige Fassung der Bestimmung angenommen, weil einerseits eine Verschiedenheit in dem Verhältniss nach innen zu dem nach aussen möglichst zu vermeiden sei, und man andererseits dem Dritten mit voller Billigkeit eine gewisse Erkundigungspflicht zumuthen könne.

---

1. Art. 130. Preuss. Motive, S. 71; Nürnb. Protok., S. 253 und 4530 ff.

Auch die Entstehungsgeschichte der jetzigen Vorschrift spricht also, um hierauf nochmals zurückzukommen, gegen die ebenerwähnte Ansicht Jacoby's, welcher das Bestehen einer solchen Erkundigungspflicht «als einer unbegreiflichen Zumuthung» an den Dritten leugnet. Die Kommission ging aber überhaupt von dem Vorhandensein einer solchen Erkundigungspflicht aus, und man stritt nur über den Umfang desselben.

Zur Erfüllung dieser Erkundigungspflicht muss es aber genügen, wenn der Dritte nach einer mit der gehörigen Sorgfalt vorgenommenen Prüfung annehmen konnte, dass der vom Gesetz verlangte Zusammenhang für das neue Geschäft vorhanden sei. Diese Annahme steht sicher im Einklang mit den Redaktoren des Gesetzbuches, haben sie doch absichtlich die für den Dritten weniger scharfe Fassung gewählt, und das Gesetz verlangt diese Auslegung, denn die durch das Gesetz dem Liquidator ertheilte Ermächtigung zur Eingehung neuer Geschäfte würde völlig werthlos werden, wenn der Dritte erst untersuchen müsste, ob dieses Geschäft zur Abwickelung auch nothwendig ist oder auch nur, ob die Abwickelung sich nicht auf einem anderen Wege besser durchführen lässt[1].

Hat der Dritte seiner ihm obliegenden Erkundigungspflicht Genüge gethan, so wird die Gesellschaft durch das neue Geschäft berechtigt und

---

1. Behrend, a. a. O., S. 573, Anm. 9 und dort cit.; a. M. Renaud, a. a. O., S. 564.

verpflichtet, gleichgültig, ob es thatsächlich zu der Abwickelung der schwebenden Geschäfte gedient hat oder nicht, der Liquidator gilt also dann als befugter Stellvertreter.

b. Ueberschreitet der Liquidator aber sonst seine Vertretungsbefugniss, so kann eine Haftung der Gesellschaft, falls sie nicht nachträglich das Geschäft genehmigt, nicht eintreten. Es kommen in diesem Falle die allgemeinen Grundsätze über unbefugte Stellvertretung[1] zur Anwendung, namentlich bestimmt sich nach diesen, ob und wie weit für den Dritten gegen den Liquidator aus seiner unbefugten Stellvertretung ein Anspruch auf Schadenersatz begründet ist. Eine Haftpflicht des Stellvertreters tritt aber nur dann ein:

1) wenn der Vertreter selbst den Mangel seiner Verbreitungsbefugniss kannte oder kennen musste und
2) der Mitkontrahent diesen Mangel nicht kannte und ihm auch nicht Umstände bekannt waren, aus denen er ihn bei schuldiger Aufmerksamkeit hätte entnehmen können[2].

Gerade letzteres wird aber bei dem Dritten, welcher mit einem Liquidator kontrahirt, meistens der Fall sein, der Dritte muss sich stets vergegenwärtigen, dass die Vollmacht des Liquidators eine durch den Zweck der

---

1. Unbefugte Stellvertretung braucht keine widerrechtliche zu sein, s. Laband, Ztschr. f. Hr., B. X, S. 231.
2. Laband, Ztschr. f. Hr., Bd. X, S. 235.

Liquidation beschränkte ist. Liegen aber die obigen Voraussetzungen vor, so hat der Dritte nach Analogie des Art. 55 die Wahl, den Liquidator auf Schadenersatz oder Erfüllung zu belangen[1]; es kann dieses z. B. der Fall sein, wenn die Gesellschafter eine einstimmig getroffene Erweiterung der gesetzlichen Vollmacht des Liquidators widerrufen, ohne dass der Widerruf dem Dritten mitgetheilt wird.

Besonders hervorgehoben hat das Gesetz, dass dem Liquidator auch die gerichtliche Vertretung der Gesellschaft zukommt. Die über diese Bestimmung bestehenden Streitfragen erledigen sich für uns aus der obigen Betrachtung, dass die Stellung des Gesellschafter-Liquidators der des vertretungsberechtigten Gesellschafters vor der Auflösung und die Stellung des fremden Liquidators der des Prokuristen der offenen Handelsgesellschaft entspricht, und dass zufolge Art. 117, 1 und 42 beide die Gesellschaft vor Gericht gültig vertreten können. Es muss daher die Stellung als gerichtlicher Vertreter für den Liquidator, je nachdem er ein Gesellschafter oder ein Fremder ist, dieselbe sein, wie die des vertretungsberechtigten Gesellschafters oder des Prokuristen in dieser Eigenschaft. — Es handelt sich hier um die beiden praktisch bedeutenden Fragen, wer im Gesellschaftsprozess Partei ist, und wer die der Partei zugeschobenen

1. Oder als dritte Alternative vom Vertrage abzugehen, Laband, a. a. O., S. 237, Anm. 82.

oder zurückgeschobenen Eide zu leisten hat'. Nach der obigen Unterscheidung kann die Beantwortung beider Fragen nicht zweifelhaft sein für den Fall, dass der Liquidator ein Fremder ist; als gewöhnlicher Stellvertreter ist er natürlich in dem Prozess weder Partei, noch ist er zur Eidesleistung berechtigt, da die Eidesleistung eine prozessuale Handlung ist, die eine Stellvertretung nicht zulässt. Aber auch der Gesellschafter-Liquidator ist in den Prozessen der Gesellschaft nicht Partei, ebensowenig wie der vertretungsberechtigte Gesellschafter vor der Auflösung; Prozesspartei sind vielmehr auch hier alle Gesellschafter. Die Eidesleistung liegt dagegen, wenn der Liquidator ein Gesellschafter ist, nicht allen Gesellschaften, sondern nur dem Liquidator ob, entsprechend wie nach der herrschenden Ansicht, vor der Auflösung nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter zur Eidesleistung, als einen Dispositionsakt über das Gesellschaftsvermögen berechtigt sind.

Die Wirkung des von den Liquidatoren geführten Prozesses ist dieselbe wie die eines von einem Gesellschaftsvertreter vor der Auflösung geführten Prozesses, das Urtheil macht also Rechtskraft für und gegen alle Gesellschafter. Ein die Gesellschaft verurtheilendes Erkenntniss ist aber ohne Weiteres vollstreckbar nur in das Gesellschaftsvermögen, während es zur Exekution in das Privatvermögen

1. Ueber diese Streitfrage s. Nöldeke, a. a. O., S. 37, Anm. 4 und dort cit. — Behrend, a. a. O., S. 572, Anm. 7; Wach, Zeitschr. f. d. Civproz., Bd. IX, S. 451.

des einzelnen Gesellschafters noch einer besonderen Klage gegen letzteren bedarf, deren Klagegrund das die Gesellschaft verurtheilende Erkenntniss ist. Gegen diese Klage kann der Gesellschafter nur die ihm aus seinem speciellen Verhältniss zu dem Gläubiger zustehenden Einreden geltend machen[1, 2].

Schliesslich sei noch hervorgehoben, dass durch die Klageerhebung gegen den Liquidator sowie durch die sonstigen dem Liquidator gegenüber vorgenommenen Rechtshandlungen, welche nach dem bürgerlichen Recht die Verjährung unterbrechen, die fünfjährige Verjährung der Ansprüche gegen die Gesellschaft, deren Lauf mit der Eintragung der Auflösung resp. mit der späteren Fälligkeit der Forderungen beginnt, zu Ungunsten aller Gesellschafter unterbrochen wird.

II. Die Rechte und Verpflichtungen des Liquidators als Geschäftsführer der Gesellschaft.

Wie vor der Auflösung, so hat auch für die Zeit der Liquidation das Handelsgesetzbuch in der Regelung der Geschäftsführung den Gesellschaftern volle Vertragsfreiheit gegeben, alle diesbezüglichen Vorschriften sind nur dispositives Gesetz.

Wir haben gesehen, dass die Geschäftsführung keineswegs nothwendig mit der Liquidatorenstellung verbunden ist, wenn letzteres auch die Regel bildet.

---

1. Behrend, a. a. O., S. 527; v. Hahn, a. a. O., 523, § 12 und 404.

2. Dass den Liquidatoren nicht das Amt des Schiedsrichters zukommt, s. u. S. 106.

Ferner wissen wir, dass auch als Geschäftsführer der Liquidator, welcher zugleich Gesellschafter ist, eine andere rechtliche Stellung einnimmt als der fremde Liquidator. Thatsächlich kann der Gesellschafter-Liquidator als Geschäftsführer dem fremden Liquidator völlig gleichgestellt werden, nicht aber umgekehrt, da der Gesellschafter-Liquidator zwar auf sein Recht zur Geschäftsführung, nicht aber die Gesellschafter als Mandanten auf ihr Widerrufsrecht rechtsgültig verzichten können.

Im Folgenden sehen wir aber von den verschiedenen Möglichkeiten, die sich aus den obigen Betrachtungen über die Bedeutung der Geschäftsführung für den Liquidator ergeben, ab und gehen davon aus, dass der Liquidator Geschäftsführer ist in dem vom Gesetz dispositiv bestimmten Umfang.

Die genaue Abgrenzung der Rechte und Verpflichtungen, welche dem Liquidator als Geschäftsführer nach dem Gesetz zustehen, ist von doppelter Bedeutung, indem mit dieser Feststellung zugleich die für den Liquidator charakteristische, unbeschränkbare Vertretungsbefugniss bestimmt wird.

Wird einem bisher dem Geschäftsbetriebe Fernstehenden die Durchführung der Liquidation übertragen, so muss sich dieser natürlich, bevor er die ihm in dem schon citirten Artikel 137 vorgeschriebene Thätigkeit beginnen kann, zuerst eine Uebersicht über die gesammte Geschäftslage zu verschaffen suchen. Zu diesem Zwecke kann er von den Gesellschaftern die Herausgabe der in ihrem Besitz befindlichen Geschäftsbücher und

sonstigen Papiere, sowie die erforderlichen Aufklärungen verlangen, wobei er sich in erster Linie an die bisherigen Geschäftsführer, seine Amtsvorgänger, zu wenden haben wird.

Stellt es sich bei dieser Prüfung oder im weiteren Verlauf des Liquidationsverfahrens heraus, dass der Gesellschaftsfonds zur Zahlung der ausstehenden Forderungen nicht ausreicht, so ist der Liquidator berechtigt, den Antrag auf Konkurseröffnung zu stellen. Sind mehrere Liquidatoren vorhanden und stellt nur einer von ihnen den Antrag — wozu derselbe durch das Gesetz auch bei Kollektivvertretung berechtigt ist —, so muss er die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft glaubhaft machen, und sind vor dem Eröffnungsbeschluss die anderen Liquidatoren von dem Gericht zu hören[1].

Zur Aufnahme eines besonderen Geschäfts-Inventars bei Beginn seiner Thätigkeit ist der Liquidator nicht verpflichtet[2]. Dagegen liegt ihm die Errichtung eines solchen, sowie die Ziehung der Bilanz am Ende eines jeden Geschäftsjahres nach den für die Zeit vor der Auflösung der Gesellschaft geltenden Regeln ob[3]. Gegen den Einwand, von einem Geschäftsjahre könne nach der Auflösung nicht mehr die Rede sein, ist geltend zu machen,

---

1. Konkurs-O., § 199, Anm. 2.

2. Zum Unterschied von dem Liquidator einer Aktien-Gesellschaft, H. G. B., Art. 244 a; ferner andere Gesetzgebungen (Spanien, Portugal), Behrend, a. a. O., S. 584–85.

3. Nöldeke, a. a. O., S. 74 u.; a. M. Behrend, S. 578 und Staub, S. 216. Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. 37, S. 542.

dass auch nach der Auflösung der bisherige Gewerbebetrieb noch fortstehen kann und dass ferner das Liquidationsverfahren selbst einen Geschäftsbetrieb bildet. Auch kann durch die Auflösung dem Gesellschafter nicht das Recht auf die sogenannten Zinsen seines Geschäftsantheils, auf welche er ja allein einen festen Anspruch hat, entzogen werden; zur Berechnung dieser Zinsen ist aber die Ziehung der Bilanz erforderlich.

Auch während des Liquidationsverfahrens hat jeder Gesellschafter das Recht, Einsicht in die Bücher und Papiere der Gesellschaft[1], sowie Mittheilung über den Gang der Gesellschaftsangelegenheiten von dem Liquidator zu verlangen, eine Rechnungslegung im Laufe der Amtsführung kann er dagegen von ihm nur bei Vorliegen besonderer Umstände fordern[2]. Inwieweit der Liquidator zur Verrichtung mechanischer Arbeiten verpflichtet ist, richtet sich nach Sitte und Gebrauch, es ist dies in jedem Fall verschieden, und kommt hierbei das persönliche Verhältniss des Liquidators zu den Gesellschaftern, seine soziale Stellung, der Umfang der abzuwickelnden Geschäfte und dergleichen in Betracht. Hiernach bestimmt sich auch, ob der Liquidator berechtigt ist, Handlungsgehülfen und Handlungsbevollmächtigte anzustellen; zur Ernen-

1. R. O. H. G., V, S. 394.
Bezüglich des Bestehens eines Geschäftslokals und der Geltung des Art. 105 nach der Auflösung, s. Nöldeke, S. 22, gegen Entsch. d. R. O. H. G., Bd. VII, S. 71.
2. Zeitschr. f. Handelsr., B. XXXVII, S. 542.

nung eines Prokuristen ist der nur mit den gesetzlichen Geschäftsbefugnissen ausgestattete Liquidator nicht berechtigt, denn nemo plus juris transferre potest quam ipse habet[1], zur Ertheilung einzelner Aufträge und Vollmachten wird er dagegen in der Regel befugt sein.

1. Nach den gesetzlichen Bestimmungen, denen wir uns jetzt zuwenden wollen, umfasst die Thätigkeit des Liquidators zwei Gruppen von Handlungen, die eine bezweckt die Lösung der Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten, die andere dient zur Herbeiführung der Auseinandersetzung der Gesellschafter unter einander.

a. Zur Erfüllung der ersteren Aufgabe hat der Liquidator die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu erfüllen und die Forderungen derselben einzuziehen. An Stelle des bisherigen Geschäftsführers nimmt jetzt der Liquidator die Leitung des Gewerbebetriebes in die Hand, doch mit dem entgegengesetzten Ziel wie jener, nicht Entwickelung, sondern Abwickelung desselben ist seine Aufgabe. Das Eingehen neuer Geschäfte steht daher im direkten Widerspruch mit dem Zweck der Liquidation, denn mit ihnen werden neue Verbindlichkeiten übernommen, neue Verwicklungen können entstehen. Dennoch werden sich dieselben nicht völlig umgehen lassen; so werden z. B. zur Erfüllung übernommener Ver-

1. S. Nöldeke, a. a. O., S. 33, daselbst auch über die Ernennung eines Prokuristen von Seiten der Gesellschafter; — R. O. H. G., Bd. XIII, S. 223.

bindlichkeiten neue Lieferungsverträge geschlossen werden müssen[1], zur Befriedigung eines drängenden Gläubigers können sich die Gesellschafter bei zufälligem Mangel an Baarmitteln zur Aufnahme eines Darlehns gezwungen sehen. Zur Erleichterung der Geschäftsführung des Liquidators hat daher das Gesetz diesem auch das Eingehen neuer Geschäfte gestattet, aber nur unter der Voraussetzung, dass sie der Abwickelung schwebender Geschäfte dienen.

Zu den neuen Geschäften gehört auch der Erwerb von Rechten. Ist das Geschäft aber ein einseitig berechtigendes, so dass damit keine Verpflichtungen auf Seiten der Gesellschaft verbunden sind, so ist der Liquidator stets, schon als negotiorum gestor, zu ihrer Eingehung als berechtigt zu erachten; nur wenn die Gesellschaft zugleich dadurch Verbindlichkeiten übernimmt, muss das neue Geschäft zur Abwickelung von schwebenden Geschäften dienen. Unter dieser Voraussetzung ist der Liquidator aber auch zum Erwerb von Eigenthum und anderen dinglichen Rechten an Grundstücken berechtigt, da die Gesellschaft nach Art. 144 auch noch während der Liquidation unter ihrer Firma solche Rechte erwerben kann, und der Liquidator nicht auf die Eingehung von Handelsgeschäften beschränkt ist[2].

Dient das neue Geschäft nicht zur Beendigung schwebender Geschäfte, so ist der Liquidator zu

1. Gruchot, Bd. 21, S. 307.

2. Nöldeke, a. a. O., S. 31; v. Hahn, S. 520; a. M. Keyssner, Zeitschr. f. Hr., B. X, S. 360 u.

dessen Vornahme nur auf Grund eines besonderen durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafter ertheilten Auftrages berechtigt, und zwar bedarf es der Zustimmung aller Rechtsnachfolger, nicht nur des Vertreters derselben[1]. Nimmt der Liquidator aber eigenmächtig solche Geschäfte vor, so kann, wie wir eben gesehen[2], auch wenn sich Geschäftsführung und Vertretung decken, eine Haftung der Gesellschaft eintreten, aber der Liquidator ist dann der Gesellschaft schadensersatzpflichtig, wenn nicht die Voraussetzung der negotiorum gestio vorliegen.

Dem Liquidator liegt ferner ob, die Verpflichtungen der Gesellschaft zu erfüllen, sowie die Forderungen einzuziehen. Die Vorschrift betrifft nicht nur die Beziehungen der Gesellschafter zu Dritten, sondern auch die Beziehungen derselben untereinander. Als Geschäftsführer ist der Liquidator Verwalter des Gesellschaftsfonds. Die auf der Absonderung des Gesellschaftsvermögens beruhenden Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter einander werden durch die Auflösung nicht verändert, der Liquidator hat also das an den einzelnen Gesellschafter auszuzahlen, was dieser ohne die Auflösung aus der Gesellschaftskasse für sein Privatvermögen hätte fordern können, und andererseits die Einzahlung dessen zu verlangen, wozu der einzelne Gesellschafter auch ohne die Auflösung verpflichtet gewesen wäre.

---

1. Behrend, a. a. O., 576, A. 18.
2. S. 72 f.

Unbestritten ist, dass diejenigen Rechtsverhältnisse keine Veränderung erleiden, in denen der Gesellschafter der Gesellschaftsfirma formell als Dritter gegenübersteht, wie z. B. bei Kauf-, Mieth- und Darlehensverträgen u. dergl.[1]; als Firmenvertreter hat der Liquidator dann auch den Gesellschaftern gegenüber die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu erfüllen und deren Forderungen einzuziehen.

Aber auch die aus dem Gesellschaftsvertrage hervorgehenden Rechte und Verpflichtungen des Gesellschafters bezüglich des Gesellschaftsfonds bleiben bestehen und es tritt nur insofern eine Veränderung ein, als die Gesellschafter die Vertheilung entbehrlicher Gelder verlangen können, worauf wir unten zu sprechen kommen[2].

Der Liquidator ist also verpflichtet, dem Gesellschafter auf sein Verlangen die Zinsen seines Antheiles am Gesellschaftsvermögen für das letztverflossene Jahr auszuzahlen; ein Anwachsen der Einlage des Einzelnen durch Zuschreibung derselben hat er nur bei Zustimmung der anderen Gesellschafter zu dulden. Ferner muss der Liquidator dem Gesellschafter seinen Antheil am Gewinn des letztverflossenen Jahres herausgeben, soweit dessen Entnahme nicht der Gesellschaft zum offenbaren Nachtheil gereicht.

Andererseits bleibt der Gesellschafter auch nach

---

1. Laband, Zeitschr. f. Hr., S. 23.
2. S. 75 f.

der Auflösung verpflichtet, rückständige oder erst jetzt fällig werdende Einlagen zu bezahlen[1]. Diese können erforderlich sein sowohl zur Abwickelung des Gewerbebetriebes, der unter Umständen auch noch die Leistung von Einlagen, die nicht in Geld bestehen, erfordern kann, als auch zur Tilgung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft. In vielen Fällen wird natürlich der Liquidator von der Einziehung von Einlagen absehen können; eine Einziehung könnte unter Umständen der Vorschrift über die Vertheilung der entbehrlichen Gelder widersprechen[2].

Infolge des Liquidationsverfahrens tritt aber keine Verschärfung der Einlagepflicht ein, wie eine solche im Preussischen Entwurfe[3] vorgesehen war. Nach diesem sollte der Liquidator berechtigt sein, wenn der Kassenbestand zur Deckung der fälligen Schulden nicht hinreicht, Zuschüsse von den Gesellschaftern einfordern zu können. Man wollte durch diese Bestimmung verhüten, dass der Liquidator zur Bezahlung der drängenden Gesellschafts-Gläubiger gezwungen wäre, die Vermögensstücke der Gesellschaft um jeden Preis loszuschlagen, und dass so der Gesellschaft der grösste Schaden entstünde.

---

1. Behrend, a. a. O., S. 577; Entschd. d. R. O. H. G., Bd. 22, S. 202.

2. Die Einklagung der Einlagen erfolgt mit der actio pro socio, Laband, Zeitschr., Bd. 31, S. 39. Anm. 55 daher ist ungenau, wenn Nöldeke, a. a. O., S. 35, sagt: «Die Liquidatoren als solche sind zur Anstellung der actio pro socio in keinem Fall berufen.»

3. Art. 132; Protokolle, S. 253.

Schon in der ersten Lesung wurde indessen die Streichung dieses Artikels von der Nürnberger Kommission beschlossen; man machte mit Recht geltend, dass diese Vorschrift des Preussischen Entwurfs in direktem Widerspruch mit dem jetzigen Art. 92 des Handelsgesetzbuches stünde, und dass ferner eine derartige Bestimmung leicht Anlass zu den bedenklichsten Chikanen von Seiten des Liquidators geben könne.

Fehlen in der Gesellschaftskasse die zur Befriedigung der Gläubiger nöthigen Gelder, und ist ein sofortiger Verkauf der sonstigen Aktiva unthunlich, so hat der Liquidator die Gesellschafter hiervon zu benachrichtigen. Diese werden dann in den meisten Fällen zur Abwehr von Schaden schon freiwillig die nöthigen baaren Gelder beschaffen oder ihm entsprechende Ermächtigungen, wie z. B. die zur Aufnahme eines Darlehens, ertheilen. Bleibt freilich sein Ersuchen an die Gesellschafter erfolglos, so wird ihm gewöhnlich zuletzt doch nur der (unvortheilhafte) Verkauf der Gesellschaftssachen übrig bleiben. Unter Umständen wird sich aber auch der Liquidator, auch ohne Zustimmung aller Gesellschafter, durch Aufnahme eines Darlehns helfen können; ihm die Berechtigung hierzu auf alle Fälle zu versagen, wie dies Renaud[1] thut, halten wir für zu weitgehend. Vielmehr ist die Frage nach der Zulässigkeit eines solchen Geschäfts, sowie einer eventuell nöthigen Verpfändung von Gesellschafts-

1. a. a. O., S. 571.

stucken nach dem einzelnen Falle zu beurtheilen. Es lassen sich leicht Beispiele konstruiren, wo eine kurze Geldleihe, z. B. bei baldiger Fälligkeit sicherer Gesellschaftsforderungen, als äusserst zweckmässig und auch als im Rahmen der Abwickelung liegend erscheint.

Auch nach der Auflösung behält der Art. 121 seine Geltung und es besteht also der Ausschluss der Kompensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatforderung des Gesellschaftsschuldners gegen einen einzelnen Gesellschafter fort, so lange die betreffende Forderung noch zum ungetheilten Gesellschaftsvermögen gehört. Diese Vorschrift hat Laband dahin formulirt: «Eine Forderung, welche Jemand als Gesellschafter hat, und eine gleichartige Schuld, welche er gegen dieselbe Person als Nichtgesellschafter hat, sind an und für sich vollkommen kompensabel. Um aber die gesellschaftliche Forderung zur Kompensation zu verwenden, ist die Dispositionsbefugniss über den gesellschaftlichen Handlungsfonds erforderlich, da die Aufrechnung mit einer Forderung der Gesellschaft eine Disposition über den Gesellschaftsfonds ist».

Für den Liquidator ist zu unterscheiden sein Verfügungsrecht als Vertreter und sein Verfügungsrecht als Geschäftsführer. Da der Liquidator zur Einziehung der Gesellschaftsforderungen ermächtigt ist, steht ihm Dritten gegenüber das Verfügungsrecht über dieselben zu; er ist daher formell legitimirt eine derartige Aufrechnung der Gesellschaftsforderung und der Privatforderung des Gesellschafts-

schuldners rechtsgültig vorzunehmen. Belangt daher der Liquidator den Gesellschaftsschuldner und lässt er die Konsumtion der Gesellschaftsforderung durch Kompensation mit einer Privatschuld eines Gesellschafters zu[1],

oder wird er von einem Privatgläubiger belangt und bringt eine Gegenforderung der Firma zur Kompensation, so tritt die Kompensation mit voller Rechtskraft gegen den Dritten ein.

Den Gesellschaftern gegenüber ist der Liquidator aber als Geschäftsführer verpflichtet, das Gesellschaftsvermögen nur im Interesse der Gesellschaft zu gebrauchen; er kann sich also durch eine derartige Disposition einer Pflichtverletzung schuldig machen, aber es braucht keineswegs stets eine unbefugte Handlungsweise vorzuliegen[2].

b. Die Liquidatoren haben die Gesellschaft gerichtlich und aussergerichtlich zu vertreten. Hier kommt diese Vorschrift für uns nur in Betracht als Bestimmung der Geschäftsführungsbefugniss des Liquidators[3].

Die aussergerichtliche Vertretung liegt in jedem der schon aufgeführten Rechtsgeschäfte, zu deren Vornahme der Liquidator verpflichtet ist, indem, wie wir oben gesehen haben[4], der Liquidator alle

---

1. Der Dritte hat aber kein Recht auf eine derartige Aufrechnung.
2. Laband, a. a. O., S. 13, Anm. 15.
3. s. oben, 75 f.
4. S. 68.

diese Geschäfte im Namen der Liquidationsgesellschaft abzuschliessen hat.

Die dem Liquidator obliegende gerichtliche Vertretung besteht darin, dass er für die Gesellschaft alle Handlungen vor Gericht vorzunehmen hat, die eben eine Vertretung zulassen; bei Verletzung der Rechte der Gesellschaft ist es seine Aufgabe, durch Klageerhebung ihre Interessen geltend zu machen; bei einer Klage gegen die Gesellschaft hat er für Vertheidigung Sorge zu tragen.

c. Zur Beseitigung einer früheren Kontroverse hat das Handelsgesetzbuch ausdrücklich bestimmt, dass die Liquidatoren zur Abschliessung von Vergleichen und zur Eingehung von Kompromissen für die Gesellschaft berechtigt sind. Durch diese Vorschrift ist dem Liquidator eine rasche Durchführung der Liquidation wesentlich erleichtert und zugleich die missliche Entscheidung weggefallen, welche frühere Schriftsteller machten, indem sie zur Eingehung von Vergleichen die Zustimmung der Gesellschafter forderten, wenn der Gegenstand desselben ein «bedeutender war»[1].

2. Durch die weitere Thätigkeit des Liquidators soll die Auseinandersetzung der Gesellschafter unter einander herbeigeführt werden.

a. Da diese Auseinandersetzung nicht durch Naturaltheilung erfolgt, sondern jeder Gesellschafter einen Anspruch auf Auszahlung seines Geschäfts-

---

1. Brinkmann, Lehrbuch d. Handelsr., S. 194.

antheils in baarem Gelde hat, so giebt das Gesetz dem Liquidator weiter auf, das Vermögen der Gesellschaft zu versilbern, d. h. das ganze Gesellschaftsvermögen in baares Geld zu verwandeln.

Die Art der Ausführung dieser Versilberung ist dem Ermessen des Liquidators anheimgegeben, er kann die Vermögensstücke öffentlich oder freihändig verkaufen; im Einzelfall wird er natürlich den Weg einschlagen, auf welchem er bei grösster Sicherheit des Käufers den höchsten Erlös zu erzielen glaubt. Nur bei der Veräusserung von unbeweglichen Sachen hat das Gesetz die Geschäftsführungsbefugniss des Liquidators dahin eingeschränkt, dass er diese durch öffentliche Versteigerung bewirken muss, falls die Gesellschafter ihm keine andere Anweisung ertheilen. Unter dieser öffentlichen Versteigerung ist, wie dies in den Preussischen Motiven ausdrücklich betont wird[1], nicht der gerichtliche Verkauf zu verstehen, gingen doch sonst die Vortheile des aussergerichtlichen Verfahrens wieder zum Theil durch «die kostspieligen und zeitraubenden gerichtlichen Förmlichkeiten verloren», sondern ein Verfahren, in welchem durch öffentliche Bekanntmachung eine möglichst grosse Zahl von Bietern und durch deren gegenseitige Uebersteigerung ein möglichst hoher Preis zu erreichen gesucht wird. Gehören zu den Gesellschaftern Minderjährige, so kommen die Vorschriften der einzelnen Partikulargesetzgebungen

1. Daselbst, S. 71 u.

über die Veräusserung von Mündelgütern nach allgemeiner Ansicht nicht zur Anwendung[1]».

Bestritten ist, ob die Liquidatoren ohne besondere Ermächtigung zur Verpfändung von Immobilien berechtigt sind. Die Bestimmung, dass die Veräusserung von Grundstücken durch öffentliche Versteigerung erfolgen soll, kann dem Liquidator dieses Recht nicht nehmen, man wird vielmehr eine Verpfändung als zulässig anerkennen müssen, wenn für dieselbe die allgemeinen Voraussetzungen über die Eingehung neuer Geschäfte gegeben sind[2].

Dem Begriffe der Versilberung des Gesellschaftsvermögens und überhaupt der Liquidation widerspricht dagegen ein Verkauf des Geschäftes in Pausch und Bogen, so dass auf den Käufer gegen eine runde Summe alle Aktiva und Passiva der Gesellschaft übergehen. Dagegen kann ein Verkauf der Vermögensstücke im Ganzen zulässig sein; gerade in der kompleten Einrichtung des Geschäftes liegt oft ein grosser Werth und wird sich dann ein Verkauf im Ganzen als bedeutend vortheilhafter und zweckmässiger erweisen als eine Versilberung der einzelnen Stücke[3].

---

1. Keyssner, a. a. O., S. 349; Puchelt, S. 309 u. Renaud, a. a. O., S. 570; Recht der Aktien-Gesellschaften, S. 777; Protokolle, 1012.

2. Staub, S. 215, § 11; Behrend, S. 574, A. 10; a. M. Noack, in Besch. Archiv, IV, S. 211.

3. Dem Liquidator das Recht zuzugestehen, ohne Zustimmung aller Gesellschafter das Geschäft im Ganzen für sich zu erwerben, indem er selbst hierbei den Kaufpreis festsetzt, dürfte bei einer

Der Liquidator ist im Allgemeinen nicht berechtigt Forderungen der Gesellschaft unter ihrem Nominalwerth zu verkaufen, es liegt ihm vielmehr die Einziehung derselben ob; da aber eine Ueberweisung ausstehender Forderungen an einen Gesellschafter wider seinen Willen dem Liquidator nicht zusteht[1], so könnte sich das Liquidationsverfahren bei Vorhandensein von Forderungen, welche erst nach grösseren Zeiträumen fällig sind oder deren Einziehung aus anderen Gründen vorläufig nicht möglich ist, ausserordentlich verschleppen. In derartigen Fällen wird man daher dem Liquidator die Berechtigung zum Verkauf der Forderungen, selbst wenn z. B. ein Gesellschafter seine Zustimmung verweigert hat, nicht versagen können[2]. Staatspapiere und andere Effekten muss der Liquidator zum Tageskurs verkaufen und zwar bei Beginn seiner Thätigkeit; mit denselben Spekulation zu treiben, z. B. durch längeres Zurückhalten mit dem Verkaufe, widerspricht natürlich direkt seiner Aufgabe.

---

derartigen Kollision der beiderseitigen Interessen kaum der Billigkeit entsprechen.

R. G., Bd. 29, S. 356. Dagegen Gruchot, Bd. 37, S. 1031.

1. Ein dahin gehender Antrag ist von der Nürnberger Kommission nach längeren Berathungen abgelehnt worden; durch seine Annahme wäre die rechtliche Stellung des Liquidators durchaus verändert worden. Keyssner, a. a. O., S. 380; Nöldeke, S. 78; Protokolle, S. 258 u. 1015.

2. Staub, a. a. O., S. 214; Renaud, S. 584.

b. Befinden sich durch die Einziehung der Forderungen und die Versilberung des Gesellschaftsvermögens baare Gelder in der Gesellschaftskasse, so hat der Liquidator dieselben, falls sie entbehrlich sind, vorläufig unter die Gesellschafter zu vertheilen, denn Art. 141, 1 bestimmt: «Die während der Liquidation entbehrlichen Gelder werden vorläufig unter die Gesellschafter vertheilt.»

Diese Vorschrift bildet nicht nur eine blosse Instruktion für den Liquidator, so dass er nach seinem Ermessen über die Vornahme der Vertheilung entscheiden kann, sondern giebt bei Vorhandensein der Voraussetzungen jedem Gesellschafter einen klagbaren Anspruch auf Vornahme derselben. Es ist kein Grund vorhanden, dem Gesellschafter eine solche Klage zu versagen[1] und, wenn der Richter eine diesbezügliche Pflichtverletzung des Liquidators festgestellt hat, nur seine Abberufung zuzulassen[2]. Voraussetzung dieser Vertheilung ist aber nach Art. 141, 2, dass sowohl die Schulden der Gesellschaft an Dritte, als auch die Ansprüche, welche den einzelnen Gesellschaftern bei der Auseinandersetzung zustehen, gedeckt sind. Nimmt der Liquidator eine Vertheilung vor, ohne auf diese Deckung Rücksicht zu nehmen, so macht er sich den Gläubigern der Gesellschaft, um dieses nochmals zu betonen, in keiner Weise verantwortlich; wohl aber haben die Gesellschafter, falls ihnen durch

1. so Keyssner, a. a. O., Ztschr. f. Hr., X, S. 380.
2. Staub, 218 u. dort cit. Entsch. d. R. O. H. G. 3, S. 338.

die vorzeitige Vertheilung irgend ein Verlust entsteht, Anspruch auf Schadenersatz. Solch ein Verlust kann dem einzelnen Gesellschafter z. B. dadurch erwachsen, dass der Mitgesellschafter, dem der Liquidator zu viel ausgezahlt hat, zahlungsunfähig wird. Bei seiner Heranziehung zur Repartirung von Gesellschaftsschulden oder bei einem sich für ihn herausstellenden Passivsaldo in der Schlussbilanz, wird dann das zu viel Vertheilte nicht oder wenigstens nicht ganz wiederzuerlangen sein.

Zu den Ansprüchen, welche zu Gunsten des einzelnen Gesellschafters berücksichtigt werden müssen, gehören nicht nur[1] die schon oben erwähnten, ihnen auch für den Fall des Fortbestehens der Gesellschaft zustehenden Forderungen, sondern auch diejenigen, welche ihm auf seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen zukommen; der Liquidator hat also auch «die zur Ausgleichung unter den früheren Gesellschaftern erforderlichen Gelder zu bewahren[2].» Denn der cit. Art. 141, 2 spricht ja ausdrücklich aus, dass die Ansprüche gedeckt sein müssen, welche dem einzelnen Gesellschafter «bei der Auseinadersetzung» zustehen. — Selbstverständlich tritt eine Haftung des Liquidators für den Schaden, den ein einzelner Gesellschafter durch vorzeitige Vertheilung erleidet, nur dann ein, wenn ihn hierbei ein Verschulden trifft. Keiner weiteren

---

1. so Gareis-Fuchsenberger, S. 273; Stubenrauch, Hdb. d. östr. Hrs., S. 236. 5.

2. Keyssner, a. a. O., S. 378, Anm. 73. 1.

Begründung bedarf es ferner, dass die vorläufige Vertheilung nicht dem Anspruch des einzelnen Gesellschafters, welcher ihm bei der schliesslichen Auseinandersetzung zusteht, präjudiziren kann. Fraglich ist aber, ob der Liquidator berechtigt ist, das zuviel Vertheilte zurückzufordern, oder ob dies nur, wie Keyssner[1] will, bei der Aufstellung der Schlussbilanz in Ansatz gebracht wird. Mit v. Hahn[2] entscheiden wir uns für die Zulässigkeit der Zurückforderung, da eine solche unseres Erachtens gerade durch Anordnung einer «vorläufigen» Vertheilung durch das Gesetz bestimmt wird.

c. Die letzte Aufgabe, welche dem Liquidator zur Herbeiführung der Auseinandersetzung der Gesellschafter obliegt, ist die Aufstellung der Schlussbilanz, auf Grund deren eben diese schliessliche Auseinandersetzung erfolgen soll. Bei der Auseinandersetzung erhält der einzelne Gesellschafter nur diejenigen Vermögensstücke in natura zurück, welche er quoad usum in das Gesellschaftsvermögen eingebracht hat, die Zurücknahme derselben ist für ihn sowohl Recht als Pflicht[3]. Die quoad substantiam eingebrachten Gegenstände sind dagegen Eigenthum der Gesellschaft geworden und ihre Rückgabe kann er weder verlangen, noch braucht er sich eine Ueberweisung derselben in natura gefallen zu lassen; er erhält vielmehr den Werth, welchen

1. Keyssner, a. a. O., S. 379.
2. v. Hahn, a. a. O., S. 526.
3. Laband, Ztschr. f. Hr., Bd. XXXI, S. 31 ff.

der Gegenstand z. Zeit der Einbringung hatte, mit einer bestimmten Geldsumme auf sein Conto gutgeschrieben[1].

Für die Aufstellung der Schlussbilanz und damit für die Feststellung des Antheils des einzelnen Gesellschafters an der Theilungsmasse sind dieselben Grundsätze massgebend wie bei der Errichtung der Jahresbilanz. Demnach setzt sich der Antheil des Einzelnen, wenn der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen darüber enthält, zusammen:

1) aus den Einlagen, Zuschüssen u. s. w., die jetzt alle auf bestimmte Geldsummen reduzirt sind,
2) den 4 % Zinsen dieser Summe für die Zeit von der letzten Jahresbilanz[2] bis zur Auseinandersetzung, und dem — im Zweifel nach Köpfen zu vertheilenden — Gewinne oder Verlust,

natürlich abzüglich der bereits auf Grund des Art. 141 empfangenen Gelder.

Hat, wie das Gesetz dies vorschreibt, die jährliche Ziehung einer Bilanz stattgefunden, so werden die Liquidatoren natürlich bei Aufstellung der Schlussbilanz nicht auf die ursprünglichen Einlagen zurückgehen, sondern die Bestimmungen der letzten Jahresbilanz über den Vermögensantheil des einzel-

---

1. Ueber die inkorrekte Ausdrucksweise des H. G. B. im Art. 143 s. Staub, S. 221.

2. Dass der Liquidator eine solche auch während der Liquidation zu ziehen hat, haben wir oben gesehen.

nen Gesellschafters zu Grunde legen[1]. Stimmt die Rechnung, dann muss die Summe der Saldis des einzelnen Gesellschafters sich mit der in der Gesellschaftskasse noch vorhandenen Summe decken.

Erkennen die Gesellschafter die von dem Liquidator entworfene Abrechnung an und ist noch eine Baarmasse übrig, so hat der Liquidator die endgültige Vertheilung vorzunehmen. Schliessen einige der Gesellschafter mit einem Passivsaldo ab, so können die betreffenden Gesellschafter dem Liquidator die Passivsummen freiwillig zur Auszahlung an die forderungsberechtigten Gesellschafter einzahlen. Keineswegs ist aber der Liquidator berechtigt, diese Einzahlung zu verlangen, es ist vielmehr ausschliesslich Sache des einzelnen — gewesenen — Gesellschafters, die ihm von Seiten seines früheren Socius zustehende Forderung einzuziehen.

Die Gesellschafter sind aber nicht an den von dem Liquidator aufgestellten Vertheilungsplan gebunden. Die thatsächliche Schlussabrechnung und damit die Beendigung der offenen Handelsgesellschaft ist ein Rechtsgeschäft der Gesellschafter, bei welchem der Liquidator als solcher nicht mehr mitzuwirken hat.

Erheben sich in Betreff der Ansprüche bei der Auseinandersetzung oder schon während der Liquidation unter den Gesellschaftern Streitigkeiten, «so hat die Funktion der Liquidatoren ihr Ende erreicht

1. Centralorgan N. F. Bd. IV, S. 1 f.

und die socii müssen ihren Streit vor den ordentlichen Richter bringen[1]», denn die Liquidatoren sind weder Vertreter der einzelnen Gesellschafter, noch steht ihnen das Amt eines Schiedsrichters zu. Gerade um der mitunter vorkommenden Verwechslung der Liquidatoren mit Schiedsrichtern vorzubeugen, ist der Art. 142, 2 in das Handelsgesetzbuch aufgenommen worden[2].

Allgemeinen Grundsätzen entsprechend ist der Liquidator nach Beendigung seiner Geschäftsführung den Gesellschaftern zur Rechnungsablegung behufs seiner Decharge verpflichtet. Besondere Vorschriften enthält hierüber das Handelsgesetzbuch nicht. Daher kann dem Liquidator nicht die Pflicht auferlegt werden, ein rechnerisches Schriftstück zu verfertigen, welches geeignet ist, die Ergebnisse der Buchführung in einer bequemen, die Uebersicht erleichternden Form vorzuführen[3], aber anderntheils kann die blosse Vorlage der Bücher nicht genügen. Vielmehr muss der Liquidator durch Briefe und sonstige Beläge ersichtlich machen, dass die angeführten Summen auch den thatsächlichen Einnahmen entsprechen, sowie dass die Ausgaben auch die angegebene Verwendung gefunden haben; eine Zusammenstellung dieser Posten muss ja schon zur Aufstellung des Vertheilungsplanes stattgefunden

---

1. Entsch. d. R. O. H. G. Bd. V, S. 391.
2. Preuss. Motive, S. 72 z. Art. 134.
3. Ztschr. f. Hr., Bd. 40, S. 466; Seuffert, Archiv, Bd. 46, S. 274.

haben. Nach der Rechnungsablegung kann der Liquidator seine Entlastung von jedem der Gesellschafter fordern.

Erheben sich zwischen den Liquidatoren und den Gesellschaftern Streitigkeiten, so fällt auch ihre Erledigung der richterlichen Entscheidung anheim; ist der Liquidator selbst ein Gesellschafter, so sind in einem evtl. Prozesse gegen ihn die übrigen Liquidatoren resp. die übrigen Gesellschafter[1] zur Vertretung der Gesellschaft befugt[2].

III. Die Rechte und Verpflichtungen des Liquidators, welche abhängig sind von seiner Eigenschaft als Gesellschafter oder Fremder.

Die praktisch bedeutendsten Unterschiede, welche sich hinsichtlich der mit dem Liquidatorenamte verbundenen Rechte und Verpflichtungen aus der verschiedenen rechtlichen Stellung des Gesellschafter-Liquidators und des fremden Liquidators ergeben, haben wir schon bei der Feststellung dieser rechtlichen Stellung eingehend dargelegt. Demnach ist der Gesellschafter-Liquidator ausschliesslicher Vertreter der Gesellschaft, als Geschäftsführer braucht er die Anweisungen der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter nicht zu berück-

---

1. s. Behrend, S. 573, Anm. 7 u. d. cit.; Staub, S. 214 § 6; Entsch. d. R. O. H. G. Bd. IX, S. 31.

2. Zuständig für die Rechtsstreitigkeiten zwischen den Liquidatoren und den Gesellschaftern sind auch die Kammern für Handelssachen. Ger. Verf. G. § 101, 3 a.

sichtigen, wider seinen Willen kann er nur durch den Richter aus wichtigen Gründen abberufen werden.

Der fremde Liquidator hat dagegen nur die Stellung eines gewöhnlichen Bevollmächtigten der Gesellschaft, er muss bei der Geschäftsführung stets einstimmig getroffenen Beschlüssen der Gesellschafter Folge geben, durch einen derartigen Beschluss kann er jederzeit abberufen werden.

Die weiteren praktischen Unterschiede ergeben sich daraus, dass für den Gesellschafter-Liquidator die dispositiven Vorschriften des Handelsgesetzbuchs, welche für die Zeit vor der Auflösung gegeben sind, Anwendung finden, während für den fremden Liquidator die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes über das Mandat zur Geltung kommen.

Auch die hier in Frage kommenden Punkte können durch einen besonderen Vertrag, bei dessen Festsetzung die Parteien nur den allgemeinen Normen unterworfen sind, geregelt und dadurch jeder Unterschied in der Stellung des Gesellschafter-Liquidators von der des fremden Liquidators beseitigt sein. Wir gehen indessen von der Annahme aus, dass eine derartige Regelung nicht stattgefunden hat.

1. Von besonderer Bedeutung ist unsere Unterscheidung bei der Frage der von dem Liquidator zu prästirenden Sorgfalt und dessen Anspruch auf Belohnung für seine Mühewaltung.

Der Gesellschafter-Liquidator haftet zufolge Art. 94 für culpa in concreto, er muss bei seiner Thätigkeit dieselbe Sorgfalt anwenden, welche er in dem kon-

kreten Fall bei seinen eigenen Angelegenheiten angewandt hatte. Die Haftung des fremden Liquidators richtet sich nach den Regeln des bürgerlichen Mandats, nach gemeinem Recht haftet er also für omnis culpa.

2. Der Gesellschafter-Liquidator kann für seine Bemühungen eine besondere Belohnung nicht verlangen, dagegen kann er Entschädigung für Auslagen, übernommene Verbindlichkeiten und für Verluste, welche er bei seiner Thätigkeit als Liquidator erlitten hat, beanspruchen; ferner ist er berechtigt, Zinsen für vorgeschossene Gelder vom Tage des geleisteten Vorschusses zu fordern.

Der Anspruch auf Belohnung richtet sich bei dem fremden Liquidator nach dem zu Grunde liegenden Vertrage, es kann ein reines Mandatsverhältniss, ein Dienst- oder anderweitiger Vertrag vorliegen. Ist der fremde Liquidator Kaufmann, so kommt beim Fehlen eines Vertrages Art. 290 zur Anwendung, es steht ihm ein Anspruch auf Provision eventl. Lagergeld zu, und von seinen Darlehen und sonstigen Auslagen kann er Zinsen vom Tage ihrer Leistung oder Beschaffung an in Ansatz bringen. Ohne auf unserem Standpunkte bei der Frage der rechtlichen Stellung der Liquidatoren zu stehen, kommen in Betreff der beiden zuletzt behandelten Punkte diejenigen zu demselben Resultate, welche wie wir die Geltung der Art. 93 und 94 auch für die Zeit nach der Auflösung annehmen, jedoch die Thätigkeit des Gesellschafter-Liquidators als

auf einem besonderen Auftrage beruhend, ansehen[1].

Andere wollen die Grundsätze des Mandats auch für den Gesellschafter-Liquidator angewandt wissen, wenn dieser vom Richter ernannt ist[2]; dass sich diese Annahme nicht rechtfertigen lässt, haben wir bereits oben ausgeführt[3]. Nach Keyssner kommt es für die Gesellschafter-Liquidatoren darauf an, ob sie schon vor der Auflösung zu Liquidatoren bestimmt sind, oder ob sie erst nachträglich berufen werden; in ersterem Falle sowie bei der gesetzlichen Berufung sei ein unmittelbarer Einfluss des Gesellschaftsvertrages vorhanden, ihre Rechte und Verpflichtungen regelten sich also dann nach den citirten Artikeln[4]. Für Renaud[5] und Puchelt[6] sind alle Liquidatoren-Mandatare, während wieder andere so v. Hahn[7] unterscheiden, je nachdem sämmtliche Gesellschafter-Liquidatoren sind oder nur einige; in ersterem Falle kämen die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes über Gemeinschafter, im letzteren die über das Mandat zur Anwendung.

Bestritten ist ferner die Frage, ob nach der Auflösung der Gesellschaft Art. 100 noch Gültigkeit habe, ob also die Liquidatoren bei Kollektivgeschäfts-

1. Behrend, a. a. O., S. 581, 476, Anm. 6 u. dort cit.; Staub, a. a. O., S. 223.
2. Francken, a. a. O., S. 148.
3. S. 39 f.
4. Keyssner, a. a. O., S. 341 u. 368; Anschütz, V, S. 311.
5. Renaud, a. a. O., S. 557 ff.
6. Puchelt, a. a. O., S. 304.
7. v. Hahn, a. a. O., S. 522.

führung einzeln handeln können, wenn Gefahr im Verzuge ist. Nöldeke[1] bejaht diese Frage und zwar vor Allem deshalb, weil in jenem Artikel lediglich ein Satz des Civilrechts enthalten sei, bei Gefahr im Verzuge sei nicht nur jeder Gesellschafter, sondern sogar jeder Dritte als negotiorum gestor zu handeln befugt. Aber es fragt sich ja gerade, ob der Betreffende durch solch ein Handeln die grössere Verantwortlichkeit eines negotiorum gestor's übernimmt; es ist ein praktischer Unterschied, ob der Gesellschafter als negotiorum gestor oder auf Grund des Art. 100 handelt. Denn während er im ersteren Falle stets für omnis culpa haftet, braucht der beauftragte oder geschäftsführende Gesellschafter — und dies nimmt Nöldeke auch von dem Gesellschafter-Liquidator an — nur für diligentia, quam suis rebus adhibere solet einzustehen und zwar sowohl bei der Durchführung der Handlung als auch bei der Beurtheilung ihrer Nothwendigkeit[2]. Daher ist es möglich, dass die Gesellschaft ein von dem mit Kollektivgeschäftsführung betrauten Gesellschafter allein vorgenommenes Geschäft als für ihre Rechnung vorgenommen anerkennen muss, während sie dieses gegenüber dem negotiorum gestor nicht brauchte. Andererseits muss der auf Grund des Art. 100 handelnde Gesellschafter, wie die herrschende Meinung annimmt[3], auch bei vorliegender

1. a. a. O., S. 18.

2. Anschutz-Völderndorff, Bd. II, S. 186, wo freilich stets von Kollektiv«vertretung» die Rede ist.

3. v. Hahn, a. a. O., S. 353.

Gefahr, wenn irgend möglich, noch die zu erreichenden Gesellschafter vorher angehen; unterlässt er dieses, so stehen auch ihm nur die Ansprüche des negotiorum gestor's zu.

Findet nun der Art. 100 auch auf den Liquidator Anwendung? Unseren Erachtens nach kann die fragliche Bestimmung keine Geltung haben für den fremden Liquidator[1], aber auch nicht ohne Weiteres für den Gesellschafter-Liquidator kann dieselbe Anwendung finden, sondern nur dann, wenn dieser zugleich Geschäftsführer ist. Wir kommen zu diesem Resultate, indem wir uns der Ansicht anschliessen, dass die für die Geschäftsführung gegebene Vorschrift nicht auf die Kollektivvertretung anzuwenden sei[2].

Entsprechend beantwortet sich für uns die Frage, ob bei Vorhandensein mehrerer Liquidatoren mit Einzelgeschäftsführungsbefugniss dem einzelnen Liquidator ein Widerspruchsrecht gegen die von einem anderen Liquidator beabsichtigte Vornahme einer Handlung, zu der dieser an sich berechtigt ist, zusteht. Wir müssen die Frage bejahen für den geschäftsführenden Gesellschafter-Liquidator.

Bei Besprechung der von den Liquidatoren zu prästirenden Sorgfalt macht v. Hahn gegen eine Unterscheidung der Stellung des Gesellschafter-Liquidators von der des fremden Liquidators einen Einwand, der alle unsere Ausführungen trifft. Er

1. Gareis-Fuchsenberger, a. a. O., S. 268; v. Kraewel in Busch, Archiv, S. 63.

2. Renaud, a. a. O., S. 372; Gorski, S. 76 u. 149 u. d. cit.

macht darauf aufmerksam, dass wenn neben einem Gesellschafter ein Dritter zum Liquidator ernannt sei, jeder der Liquidatoren andere Befugnisse und Verpflichtungen hätte[1]. Indessen dürfte man schon an und für sich nicht «wegen thatsächlicher Schwierigkeiten im Einzelfalle das als juristisch konsequent» Erkannte aufgeben[2], so sind überhaupt im vorliegenden Falle die praktischen Schwierigkeiten keineswegs bedeutende und auch keine nur im Liquidationsstadium allein auftretende, denn auch schon vor der Auflösung der Gesellschaft können gleichartige Verhältnisse vorliegen, wenn z. B. mit einem Gesellschafter ein Dritter als Prokurist und Kollektivgeschäftsführer angestellt ist[3].

---

1. v. Hahn, a. a. O., S. 522, Anm. 24.
2. Keyssner, a. a. O., S. 366.
3. v. Hahn, a. a. O., S. 352 u.

LITERATUR.

Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum allgemeinen d. H. G. B., Erlangen 1870, insb. Art. 133—145.

Auerbach, Das Gesellschaftswesen, Frankfurt 1861.

— , Das neue Handelsgesetz, 1863.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. I, 1880.

Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 1853—1860.

Busch, Archiv f. d. d. Handelsrecht, Bd. III u. IV.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts.

Endemann, d. d. Handelsrecht, 1865.

— , Handbuch d. d. Handelsrechts, 1881.

Fischer-Ellinger, Lehrb. d. österr. Handelsrechts, 1860.

Francken, Liquidation d. O. H. G., 1890.

Gad, Deutsches Handelsrecht, 1863.

Gareis, Deutsches Handelsrecht, 1893.

Gareis-Fuchsenberger, Komm. z. allgem. Handelsgesetzbuch, Art. 133—145.

Geiger, Die Zulässigkeit der Entziehung d. ein. offenen H.-Gesellschafter zustehenden Vertretungsbefugniss nach Art. 101, Ztschr., Bd. 40.

Gierke, Die Genossenschaftslehre, 1887.

Goldschmidt, Universalgeschichte d. Handelsrechts, 1891.

— , Zeitschrift für Handelsrecht.

Gorski, Geschäftsführung und Vertretung, 1888.

v. Hahn, Komm. z. allgem. d. H. G. B., 1877.

Heise, Handelsrecht, 1858.

Johow-Küntzel, Jahrb. f. Entsch. d. K. G.

v. Kraewel, Z. Erl. d. d. off. H. G. betr. Art. 93—97 u. s. w.

Keyssner, Die Liquidation der off. H. G. Ztschr. Hr., Bd. X

Keyssner, Die d. d. Liquidation entst. Wechselverb. Ztsch. Bd. XI.
Laband, Beitr. Dogm. d. H. G. Ztschr., Bd. XXX u. XXXI.
— , Stellvertretung nach d. d. Hr. Ztschr., Bd. X.
— , Ztschr., Bd. XIV u. Bd. XXIV.
Makower, Komm. z. allg. d. H. G. B., Art. 133—145.
Nöldeke, Fortdauer d. off. H. G. während der Liquidation.
Pappenheim, Ztschr., Bd. XXXVIII.
Protokolle der Kommission z. Berathung e. allg. d. H. G. B., Nürnberg 1857.
Puchelt, Komm. z. d. H. G. B., 1893, Art. 133—145.
Rassow u. Küntzel, Beitr. z. Erl. d. d. Rechts, Bd. XXXI.
Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaft, 1863.
— , Das Recht der Kommanditgesellschaften, 1881.
— , Das Recht der stillen Gesellschaft, 1885.
Sauwey, Konkursordnung.
Staub, Komm. z. d. H. G., 1893.
Stubenrauch, Handb. d. östr. Hr., 1863.
Thöl, Handelsrecht, Bd. I.
Treitschke, Gewerbegesellschaft.
Viecenz, Erben e. Gesellschafters in d. off. H. G. Ztschr. f. Hr., Bd. XXXV.
Wach, Der Eidesbeweis in d. Proz. d. off. H. G. Ztschr. f. d. Civ.-Proz.; v. Busch u. Vierhaus, Bd. IX.
Wengler, Konkursordnung.
Willenbücher, Komm. z. d. H. G. B., Art. 133—145.
Entscheidungen d. R. O. H. G., insb. Bd. 3, 5, 7, 8, 12, 16 und 24.
Entscheidungen d. R. G. f. Civilsachen, Bd. 5, 7, 17 u. 30.